O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Brasileira:
sede material, aplicação e limites

Ricardo Luís Lenz Tatsch

Em uma sociedade globalizada e que está em acelerada e constante modificação, os direitos sociais, mais do que nunca, estão sendo objeto de ataques permanentes. Em contrapartida, vemos cada vez mais ser utilizado o princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro, motivo pelo qual temos como necessário apresentar onde reside a sua sede material na Constituição brasileira de 1988, além de como deve se dar sua utilização. Assim, defendemos o princípio da proibição de retrocesso social como sendo um princípio implícito, que decorre da própria estrutura dos direitos sociais previstos na Constituição. E quando da sua utilização, ele deve ser auxiliado pelos princípios da proteção de confiança e da proibição de discriminação, os quais não devem ter sido violados pela norma ou ato que causou o retrocesso social, além do critério da proporcionalidade e da necessária a preservação do núcleo essencial do direito fundamental envolvido e do mínimo existencial.

O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Brasileira: sede material, aplicação e limites

Série Direito

O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Brasileira: sede material, aplicação e limites

Ricardo Luís Lenz Tatsch

Porto Alegre, 2021

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix

Série Direito – 17

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ricardo Luís Lenz Tatsch

TATSCH, Ricardo Luís Lenz. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Brasileira:* sede material, aplicação e limites. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021.

142p.
ISBN – 978-65-87424-66-8
 https://doi.org/10.36592/9786587424668

Disponível em: https://www.fundarfenix.com.br

CDD – 340

1. Direitos Sociais. 2. Proibição de Retrocesso. 3. Sede Material. 4. Aplicação.

Índice para catálogo sistemático – Direito – 340

AGRADECIMENTOS

Realizar um mestrado é uma experiência gratificante, a qual é compartilhada com inúmeras pessoas. Elas também sofrem os reflexos do esforço despendido durante o curso ou compartilharam conosco esta jornada, sendo que sem elas o fim almejado não seria atingido. O resultado disso é o trabalho que está sendo agora publicado.

Assim, agradeço, inicialmente, aos meus pais, Walter e Maria (*in memoriam*) pelo exemplo de vida e pela dedicação e esforço para dar ao seu filho algo que ninguém jamais poderá lhe tirar; a educação.

Agradeço aos meus colegas de mestrado, em especial Bruno Martins Costa e Tuiskon Haab, pelo companheirismo e auxílio nesta jornada.

Agradeço aos funcionários do PPGD da PUCRS, em especial à Caren Andrea Klinger, pela paciência e atenção para com os alunos.

Igualmente, agradeço ao Ministério Público Federal, que me forneceu os meios materiais para a realização do mestrado.

Também agradeço aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, pelos ensinamentos ministrados, os quais foram muito importantes para a realização deste trabalho.

Ainda, ao meu orientador, Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, que acreditou e me incentivou até o final desta dissertação. Sem ele, o presente trabalho jamais teria sido concluído. Foi um verdadeiro orientador e incentivador. Meus sinceros e profundos agradecimentos.

Por fim, mas não menos importante, devo agradecer imensamente à Ana Lúcia Seifriz Badia, grande amor da minha vida, motivo e fim da realização do mestrado. Sem ela, não teria realizado e concluído esta tarefa. Feliz eu sou pelo fato da vida ter-nos reunido.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO
Ingo Wolfgang Sarlet 13

INTRODUÇÃO 15

1. ESTADO SOCIAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 17

1.1 A PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL 17

1.2 A CRISE DO ESTADO SOCIAL 23

1.3 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS: DELINEAMENTO BÁSICO 34

1.4 CONTORNOS JURÍDICOS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O MÍNIMO EXISTENCIAL 39

2. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL: FUNDAMENTOS E LIMITES 59

2.1 SEDE MATEIRAL NA CRFB/88 E SUA ARTICULAÇÃO COM O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS 61

2.1.1 Contorno jurídico do princípio da proibição de retrocesso social e posições contrárias e favoráveis a sua aplicação 61

2.1.2 A sede material do princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Brasileira de 1988 76

2.1.3 A proibição de retrocesso nos tratados internacionais de direito humano do qual o Brasil é signatário e a posição desses tratados no nosso ordenamento jurídico 86

2.2 A VINCULAÇÃO DOS ATORES ESTATAIS AOS DIREITOS SOCIAIS NA SUA DIMENSÃO DEFENSIVA 92

2.3 LIMITES À PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E O CONTROLE JURISDICIONAL DE MEDIDAS RETROCESSIVAS – CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO 100

2.3.1 Segurança jurídica com destaque à proteção de confiança 101

2.3.2 Proibição de discriminação 106

APRESENTAÇÃO

Embora estejamos no limiar da terceira década do terceiro milênio, tanto a incorporação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA) ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, quanto a sua consagração num número cada vez maior de catálogos constitucionais, não tem impedido que, a despeito de consideráveis avanços, sigam ocorrendo significativos problemas quanto à sua efetivação.

Para além dos défices de eficácia social (efetividade) no plano fático, no sentido da falta, maior ou menor, de atendimento dos parâmetros postos pela ordem jurídica interna e internacional, que tem por objetivo assegurar a todos, no âmbito de um desenvolvimento sustentável, uma vida condigna e padrões adequados de justiça social, mediante a minimização das desigualdades fáticas, o que se tem vivenciado com frequência crescente, é a redução dos níveis de proteção jurídica instituídos ao longo do tempo.

Muito embora não se trate de um fenômeno exclusivamente brasileiro, é, contudo, correto afirmar que também no Brasil, e de modo particularmente agudo nos últimos tempos, uma série de medidas de natureza legislativa, assim como ações (e omissões) do Poder Executivo, tem promovido significativas flexibilizações dos padrões até há pouco vigentes de segurança econômica e socioambiental.

Isso pode ser facilmente ilustrado mediante referência às recentes reformas previdenciária, trabalhista, redução de recursos para financiamento da saúde, educação e assistência social, mas também na esfera da proteção do meio ambiente, tudo a ensejar, um crescente número de ações judiciais, destaque aqui para as que tem sido submetidas ao crivo do Supremo Tribunal Federal, objetivando impugnar tais medidas de cunho flagrantemente retrocessivo.

É precisamente nesse contexto que o debate acerca do assim chamado princípio da proibição de retrocesso, de há muito reconhecido por significativa doutrina e jurisprudência (inclusive e, em especial, do Supremo Tribunal Federal) não apenas não tem perdido sua relevância e atualidade como tem se revelado cada vez mais necessário e mesmo urgente.

Nesse sentido, a despeito da existência já de expressiva produção doutrinária e uma série de precedentes jurisprudenciais, segue sendo necessário investir na

temática, de modo que cada nova contribuição que tenha o potencial de levar à reflexão e à ação para um adequado enfrentamento do problema deve ser efusivamente saudada.

Por tais razões, é com alegria que recebi o convite que me foi formulado para prefaciar esta obra, que versa precisamente sobre o tema O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA – SEDE MATERIAL, APLICAÇÃO E LIMITES, da lavra de RICARDO LUÍS LENZ TATSCH, Mestre em Direito pela PUCRS e Procurador da República no Rio Grande do Sul, cujo texto corresponde, com ajustes e atualizações, à sua dissertação de Mestrado, que tive a honra e o privilégio de orientar, apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS.

É de se enfatizar, que o autor do trabalho que ora se publica, sempre se destacou pela sua dedicação e competência, tanto na condição de discente e pesquisador, quanto na condução de sua vida profissional como integrante do Ministério Público Federal, onde tem tido a oportunidade de converter em discurso prático os conhecimentos auferidos e as ideias sustentadas na sua dissertação, que, por sua vez, reflete a criteriosa pesquisa e análise levada a efeito por RICARDO ao longo do curso de Mestrado.

Assim sendo, o que almejamos nesta quadra, é que tanto o autor, quanto a obra, encontrem a merecida acolhida pelo público, da mesma forma como parabenizamos a Editora Fundação Fênix pela feliz iniciativa em viabilizar a sua publicação.

Porto Alegre, 05.04.2021

Ingo Wolfgang Sarlet.

Professor Titular e Coordenador do PPGD da Escola de Direito da PUCRS
Desembargador aposentado do TJRS. Advogado e parecerista.

INTRODUÇÃO

Atualmente, o mundo aparenta estar cada vez menor, decorrência da velocidade com que as informações são transmitidas e da era tecnológica em que vivemos, onde as pessoas podem estar, caso queiram, permanentemente interligadas. Porém, ao invés disso aproximar e tornar as pessoas mais solidárias, aparentemente está ocorrendo o contrário. A nossa sociedade está em transformação e é nessa passagem entre mundos (de um mais antigo para um novo) é que se encontra o Estado Social, construído e formatado entre os séculos XIX e XX, o qual aparenta não se adaptar ao século XXI.

Nesse contexto, aliado a uma grave crise econômica que muitos países estão passando, inclusive o Brasil, surgem propostas visando a reduzir, senão praticamente extinguir, inúmeros direitos fundamentais sociais.[1]

Por sua vez, com as alterações legislativas e os atos emanados pelo Poder Executivo em relação a direitos sociais de caráter prestacional, o que também ocorre com os direitos econômicos, culturais e ambientais, volta à tona o argumento de que tais medidas de cunho retrocessivo estariam violando o princípio da proibição de retrocesso social. Agrega-se a isso que tal princípio tem sido utilizado de forma bastante equivocada por muitos órgãos do Poder Judiciário, bem como tratado de maneira inadequada por parte da doutrina, a qual não apresenta, de forma detalhada, como se dá a sua utilização.

Portanto, nosso principal intento no presente estudo é, por meio de um procedimento dialético, demonstrar qual a sede material, como deve ser aplicado e quais são os limites do princípio da proibição de retrocesso social.

Para tanto, na primeira parte, iniciamos abordando o surgimento do Estado Liberal de Direito, seu esgotamento e o despontar do Estado Social de Direito, demonstrando-se, ainda, a insuficiência de recursos e a crise desse Estado Social,

---

[1] Herta Däubler-Gmelin, ex-Ministra da Justiça da Alemanha e professora de direito, em visita ao Brasil, afirmou existir problemas relacionados com a globalização, que possuem um efeito negativo sobre a democracia, tendo em vista que "muitas pessoas têm a impressão de que as decisões não acontecem mais na política, mas no campo da economia. Então elas ficam inquietas quando têm a sensação de que os políticos não cuidam mais de seus interesses ou de suas necessidades. (...) "Os acontecimentos políticos no Brasil estão sendo noticiados pela imprensa alemã e internacional. E depois de tudo o que vi e li nestes últimos dias, temo que esteja havendo um retrocesso cruel com impactos para a população mais pobre. É lamentável." Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/brasil-e-outro-mundo-diz-ex-ministra-da-justica-alema,0d086754eccd023f885ea9b877478b0cteszdi8n.html>. Acesso em: 09-08-2017.

contextualizando-a no mundo e fazendo-se um breve exame da atual crise brasileira.

Ainda, é feita uma abordagem enfocando os direitos sociais como direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Já na segunda parte do trabalho, é abordado o princípio da proibição de retrocesso Social, apresentando o seu contorno jurídico, com posições doutrinárias e jurisprudenciais favoráveis e não favoráveis à sua existência.

Posteriormente, procura-se explorar a existência do princípio da proibição do retrocesso social na Constituição Federal de 1988, verificando-se, a seguir, o limite da liberdade de conformação do legislador frente ao princípio, a discricionariedade do Poder Executivo e o papel do Poder Judiciário na sua aplicação.

Passamos, então, a demonstrar os critérios que entendemos adequados para uma correta aplicação do princípio da proibição de retrocesso, utilizando-se, para isso, dos princípios da segurança jurídica e proteção de confiança, da proibição de discriminação, do critério da proporcionalidade e da necessária preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais e do mínimo existencial.

1. ESTADO SOCIAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1 A PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL

O Estado é uma ficção criada pelo ser humano[1] com o objetivo de suprir necessidades que não poderiam ser obtidas individualmente ou em pequenas coletividades,[2] como, *v. g.*, por meio de famílias, clãs ou tribos.

Ainda, devemos observar que determinado modelo de Estado subsiste enquanto a sociedade que o integra acredita que ele pode realizar uma melhora nas condições gerais de vida e suprir determinadas necessidades ou, pelo menos, manter as condições favoráveis de existência de uma grande parcela de uma minoria suficientemente forte para a manutenção do *status quo*. O ponto de ruptura ocorre quando deixa de existir a referida crença, que é transferida para um novo modelo de Estado. Evidentemente que tal mudança não ocorre de forma repentina, sendo, em realidade, o ponto final de uma modificação da própria sociedade[3], principalmente em seus aspectos cultural e econômico.

O primeiro movimento da passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal de Direito ocorreu ainda no século XVII quando, na Inglaterra, deu-se a denominada "revolução gloriosa" (1688-89), que resultou em um liberalismo parlamentar, o qual, embora significativo para os ingleses e, certamente, para os habitantes de suas colônias na América, não teve grande significado para além dessas fronteiras nem conteúdo econômico-social.[4]

Somente no último quarto do século XVIII é que houve o efetivo surgimento

---

[1] Daí a ideia de contrato social, conforme desenvolvida por Thomas Hobbes (*Leviatã, ou a matéria forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000, p. 123 et seq.), John Locke (*Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 494 et seq.) e Jean-Jacques Rosseau (*Do contrato social e discurso sobre a economia política*. 7ª Ed. São Paulo: Hemus Editora, s. d., p. 26 et seq.).

[2] Adota-se como pressuposto para o surgimento do Estado a teoria mecanicista, que se contrapõe à teoria organicista, sobre os fundamentos da sociedade, pela qual ela "é o grupo derivado de um acordo de vontades, de membros que buscam, mediante o vínculo associativo, um interesse comum impossível de obter-se pelos esforços isolados dos indivíduos" (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 54).

[3] Sobre o processo de modificação da sociedade, temos que é correlata a afirmação de Ingo W. Sarlet no sentido de que é uma trajetória gradual "o processo de reafirmação e reconstrução" do Estado Constitucional de Direito, porquanto influenciado por outras experiências constitucionais surgidas no decorrer do tempo (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 51-52).

[4] AMARAL, Diogo Freitas. *História do pensamento político ocidental*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 251.

do Estado Liberal,[5] por meio das revoluções americana e francesa, que, em apertada síntese para o que importa ao nosso trabalho, além de romperem com a metrópole europeia, no caso da primeira, fizeram seus países passarem do absolutismo para o liberalismo político, eliminaram os estatutos especiais da nobreza e do clero, aboliram o sistema feudal ainda existente (no caso da França), bem como adotaram uma Constituição escrita.[6]

Esse *novo regime*, denominado de *governo representativo*, expressão anglo-saxônica, de Estado Constitucional, cuja origem é aparentemente francesa, ou de Estado de Direito, de procedência alemã, fundado na ideia de liberdade, limitava o poder do próprio Estado de duas formas: internamente por meio da separação dos poderes e externamente pela redução de suas funções.[7] Além disso, era composto por direitos de defesa, de cunho negativo, que vedavam a ação estatal e preservavam uma "esfera de autonomia individual em face de seu poder",[8] estando neste rol os direitos "à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei", [9] posteriormente acrescido pelas liberdades de expressão coletiva (liberdade de expressão, de imprensa, de manifestação, de reunião e associação,[10] entre outras) e pelos direitos de participação política.[11] São os atualmente denominados de direitos fundamentais de primeira dimensão. [12]

Saliente-se que as sociedades envolvidas nas citadas revoluções ainda não tinham sofrido um maior impacto decorrente da revolução industrial, que teve início na Inglaterra, principalmente a partir da segunda metade do século XVIII.[13] Além

---

[5] Saliente-se que a consolidação e expansão do Estado Liberal deram-se no curso do século XIX.

[6] Por todos, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15-28.

[7] MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 69 e 72.

[8] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 46-47.

[9] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 47.

[10] O destaque às liberdades do indivíduo fez com que houvesse "a recusa, durante muito tempo, da liberdade de associação (por se entender, no plano dos princípios, que a associação reduz a liberdade e por se recear, no plano prático, a força da associação dos mais fracos economicamente)" (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 73).

[11] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 47.

[12] Adotamos o termo *dimensões*, ao invés de *gerações*, já que o surgimento de novos direitos fundamentais não representa a eliminação dos até então existentes. Nesse sentido é o posicionamento de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 45-46.

[13] A revolução industrial não se deu de maneira uniforme, mas de forma gradual, sendo que cada setor da economia, em especial nos séculos XVII e XIX, tiveram um momento de maior avanço, conforme podemos ver em BRAUDEL, Fernand. *Civilização material, economia e capitalismo*: séculos XV-XVIII: o tempo do mundo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, Vol. 3, p. 517-574.

disso, a Europa e os Estados Unidos, no final do século XVIII e início do século XIX, eram essencialmente rurais[14], em razão do que ainda não existia uma grande massa de trabalhadores urbanos e, por consequência, inexistiam maiores conflitos e tensões resultantes da sua relação com os empregadores do ramo comercial ou industrial. Esse estado de coisas fez com que os benefícios advindos com o surgimento da nova forma de Estado, baseado, principalmente, na igualdade formal e na limitação dos poderes estatais frente aos cidadãos, fossem, aparentemente, suficientes para solucionar a maioria dos principais problemas da população.

Porém, no transcurso do século XIX, ocorreram profundas transformações na sociedade, que colocaram em crise esse Estado Constitucional Liberal. Entre outras, é de relevo citar a crescente industrialização, agora dentro de um modelo econômico capitalista livre, sem a intervenção estatal no tocante às relações de trabalho[15] e do mercado, o que resultou na posterior organização dos trabalhadores em sindicatos, objetivando "a defesa conjunta de seus interesses profissionais".[16] Assim, a pressão social dos trabalhadores e de outros grupos de excluídos, aliado ao surgimento de doutrinas socialistas, bem como o temor da classe dominante (burguesia, que ascendeu a essa posição após a queda do Absolutismo) diante da possibilidade de uma ruptura revolucionária baseada "no ideário de esquerda", forçaram "a uma progressiva mudança nos papéis do Estado, que ensejou, por sua vez, a cristalização de um novo modelo de constitucionalismo".[17] Também merece destaque a ampliação do direito ao voto a parcelas da população que até então estavam excluídas de tal direito, o que fez com que suas demandas, por meio de seus representantes, chegassem aos órgãos estatais.[18] Acresce a isso, no início do século XX, o surgimento de uma grave crise envolvendo o modelo de liberalismo econômico, cujo ápice é o *crash* da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929 e que resultou em uma recessão mundial, sendo que para superá-la foi necessária uma

---

[14] HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções*: Europa 1789-1848. 16 ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 28-31.

[15] Exemplo de tal situação é a de uma pessoa disposta "a vender a sua força de trabalho, submetendo-se a uma jornada diária de 16 horas por salário que mal permitisse a aquisição de alimentos, e outro se dispusesse a comprá-la nestes termos, não caberia ao Estado se imiscuir no negócio privado" (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e método de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 80).

[16] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 23.

[17] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e método de trabalho, p. 82.

[18] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*, p. 82.

forte atuação estatal,[19] o que contrariava os próprios princípios filosóficos do Estado Liberal.[20]

Mas já antes dessa crise surgiram as primeiras Constituições apresentando um novo modelo de Estado, o Estado Social de Direito (também conhecido ou denominado como Estado de Bem-Estar, Estado Providência ou *Welfare State*), caracterizado por uma proeminência estatal no âmbito social, econômico e cultural. Segundo Paulo Bonavides, ele "significa intervencionismo, patronagem, paternalismo", mas não se confunde com o Estado Socialista, já que compatível com o capitalismo.[21] Em apertada síntese, preservam-se as características fundamentais do Estado Liberal relacionadas com a limitação dos poderes político estatal e a correspondente liberdade das pessoas, permanecendo o povo como titular do poder político, e agregam-se os direitos sociais, econômicos e culturais, que visam a restabelecer uma igualdade, não apenas formal, mas agora também material, entre as pessoas.[22]

Jorge Reinaldo A. Vanossi classifica o ciclo do constitucionalismo social em três fases. A primeira, no primeiro quarto do século passado, com o surgimento das Constituições do México, de 1917, e a da Alemanha (Weimar), de 1919, até o final da Segunda Grande Guerra, caracterizada pela inserção formal de novos direitos (sociais), bem como pelo acréscimo de certas cláusulas econômicas limitadoras do exercício absoluto de determinados direitos individuais ou que reservavam ao Estado o monopólio ou a primazia na execução de algumas atividades. O segundo, do período posterior ao término desse conflito global até o início da década de 1970, no qual são estabelecidos todos os novos papeis do Estado para com a sociedade e, num segundo momento, aprimoram a "racionalização do poder" e se disseminam novas formas de controle da constitucionalidade, do parlamento sobre a administração e, entre outros, de proteção dos direitos humanos pelo judiciário. Ademais, criam-se para as pessoas novas formas de proteção perante um Estado

---

[19] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*, p. 82-83.

[20] Saliente-se que também no campo econômico, visando solucionar a crise existente no período entre as duas Grandes Guerras Mundiais do século XX, houve forte posicionamento no sentido da importância da intervenção estatal na economia, por meio de gastos públicos, mesmo que de pequena monta, os quais fomentariam o investimento e, por um efeito multiplicador, elevariam o nível de emprego, conforme podemos depreender a partir da leitura de KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 80-118.

[21] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado* social. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 203 e 184.

[22] MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. p. 81.

administrativo-burocrático, tendo em vista o seu crescimento a partir da incorporação de novas funções, visando evitar que sua atuação se transforme em arbitrariedade. Por fim, o terceiro, do início da década de 1970 até os dias atuais, em que surgem (1) novos direitos sociais, objetivando a proteção dos titulares "que surgem com a força ou a justificação social suficiente para obter a proteção jurisdicional que lhes permita superar a necessidade da liberdade", como nos casos dos direitos das crianças e dos idosos, (2) novos grupos que adquirem personalidade para enfrentar o Estado e obter a satisfação de determinadas necessidades, como no caso de grupos de consumidores, (3) o reconhecimento progressivo de novos bens jurídicos, tutelados de forma especial por meio da técnica específica dos direitos sociais, como no caso da proteção ao meio ambiente, e (4) algumas vezes, admitindo a pertinência das situações anteriormente descritas ao ampliado campo da seguridade social, que passa a cobrir outros riscos, como a educação para a grande massa da população.[23]

No tocante aos direitos fundamentais, percebemos pela classificação elaborada pelo autor argentino que o Estado Social de Direito, distintamente do seu antecessor, possui uma dimensão positiva,[24] porquanto deve atuar com o fito de atender "os desprivilegiados a um direito de participar do 'bem-estar social'".[25] Ademais, vemos que as fases descritas por esse autor correspondem aos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões. Os de segunda dimensão constituem as prestações sociais adensadas nas Cartas Políticas e nos pactos internacionais, especialmente após a Segunda Guerra Mundial,[26] *v. g.* como os direitos à assistência social, educação, previdência, saúde etc., que, entretanto, como bem colocado por Ingo W. Sarlet, não são apenas de cunho prestacional/positivo, pois englobam as chamadas *liberdades sociais*, como a liberdade sindical, o direito de greve, direitos fundamentais dos trabalhadores (limitação da jornada de trabalho, descanso semanal remunerado, férias etc.).[27] Já os direitos fundamentais

---

[23] VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Estado de Derecho*. 4ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2008, 51-52.
[24] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 47.
[25] LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 127.
[26] Observe-se que alguns dos direitos que hoje categorizamos como sendo de segunda dimensão já existiam em Constituições do final do século XVIII e início do século XIX, entre elas a do Brasil de 1824, que previa o direito à instrução primária gratuita (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23), porém sem a força impositiva que os direitos fundamentais adquiriram a partir do final do Segundo Pós-Guerra.
[27] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 47-48.

de terceira dimensão (de fraternidade ou de solidariedade) não se destinam diretamente ao indivíduo, mas sim à proteção de grupos ou coletividades humanas, até mesmo indefinidas ou indetermináveis, tais como família, povo ou nação, sendo sua característica marcante a titularidade difusa ou coletiva de tais direitos. [28] Segundo entendimento consensual da doutrina, são direitos fundamentais de terceira dimensão os "direitos à paz, autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação".[29] Ainda, merece referência o fato de que os direitos fundamentais de terceira dimensão, salvo algumas exceções (entre as quais se encontra o Brasil), não estão albergados nas Constituições, embora já consagrados em diversos tratados internacionais. Por fim, lembremos que há quem defenda a existência de uma quarta, quinta e sexta dimensões dos direitos fundamentais, em relação às quais não existe um consenso a respeito de seus conteúdos, além de ainda não estarem integradas nas Constituições ou em tratados internacionais,[30] cujo aprofundamento não faremos por desbordar dos limites do trabalho aqui proposto.

Concluindo, temos que o Estado Social é o resultado da transformação da própria sociedade, que manteve os traços essências do Estado Liberal, com o qual não rompeu, tendo, em realidade, aprimorado os meios necessários para se chegar a uma igualdade entre os indivíduos, não só de ordem formal, mas também material. Outrossim, mesmo hoje em modelos de Estados diversos, como o Democrático de Direito (caso do Brasil), subsiste uma forte atuação estatal para a garantia de padrões mínimos de qualidade de vida e que igualmente o caracteriza como sendo um Estado Social, em razão do que é desnecessário, para o objetivo que nos propomos, realizar sua análise. Finalmente, acreditamos que ficou demonstrado que as mudanças na sociedade, em especial no que diz respeito com as modificações nas formas de Estado, possuem como fim (tentar) alcançar uma estrutura social mais justa e igualitária, pelos menos no sentido de garantir uma igualdade material para que todos tenham a mesma possibilidade de sucesso, o que evidentemente não pode ser garantido por nenhum modelo de Estado, em face do que concluímos que

---

[28] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 48-49.
[29] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 48.
[30] SARLET, Ingo Wolfgang, In: ______; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 311-314.

é correta a afirmação de Peter Häberle, de que o Estado Constitucional é uma conquista cultural da civilização ocidental e que, para o futuro, aspira-se não só a sua manutenção como a ampliação do nível cultural que resultou na sua criação. [31]

1.2 A CRISE DO ESTADO SOCIAL

O modelo de Estado Social exige uma maior ação governamental para a implementação de direitos de cunho prestacional aos indivíduos (*v. g.* educação pública gratuita até determinada série escolar, saúde, previdência social etc.), a fim de que tenham um padrão de vida pelo menos minimamente digno, sendo que para isso é necessário o dispêndio de recursos originados da arrecadação de tributos. [32]

Ainda, é de se observar que parte das prestações sociais recai sobre o empresariado ou sobre as pessoas que contratam outros indivíduos para a realização de tarefas, pois a legislação social existente estabelece ser dos empregadores a obrigação do pagamento de determinados encargos sociais, tais como o relacionado com o repouso semanal remunerado, férias, percentual a ser recolhido para compor fundo destinado ao trabalhador, no caso de despedida imotivada, valor maior a ser pago a título de trabalho extraordinário, além de terem de auxiliar no financiamento de benefícios sociais, como no caso do valor correspondente à quota-parte (patronal) de contribuição à previdência social. Em decorrência disso, os custos com os direitos sociais suportados pelos empregadores, quando possível, são repassados aos preços dos produtos ou serviços, acarretando uma elevação do valor dos bens ou serviços oferecidos e/ou uma diminuição do lucro final do empresário. E quando quem suporta tais encargos é um indivíduo, o resultado do gasto com os encargos sociais do seu contratado acarreta uma diminuição de seus recursos financeiros líquidos.

Portanto, para que o Estado Social possa efetivar os direitos de caráter prestacional, é necessário um aporte permanente de recursos, sendo que qualquer alteração na economia pode afetar o ingresso de divisas nos cofres públicos e,

---

[31] HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 82.

[32] Devemos resaltar que também os direitos sociais de caráter negativo necessitam de uma atuação estatal, como podemos ver no caso da liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º, I, da CRFB/88), que para o seu regular funcionamento necessita de registro no órgão competente, ou seja, é necessária uma estrutura administrativa-estatal para a realização de tal fim, cuja manutenção requer o dispêndio de recursos públicos. Temos de reconhecer, entretanto, que é o com os direitos sociais de caráter prestacional que há um maior gasto público.

consequentemente, o atendimento dos direitos em questão.

De outro lado, é de se ver que após a Segunda Grande Guerra houve um desenvolvimento econômico mundial contínuo e estável, notadamente para os Estados capitalistas avançados (grande parte dos países da Europa Ocidental, Estados Unidos, Canadá e Japão),[33] até meados da década de 1970, quando a ordem econômica global entrou em crise, derivada do fim do padrão ouro-dolar (sistema de Bretton Woods), da crise nas exportações dos países do Terceiro Mundo e do desequilíbrio das suas balanças de pagamento, que resultaram na desaceleração de seu processo de industrialização, além de que nos países socialistas o desenvolvimento industrial e o aumento da produção não trouxe uma melhora da qualidade de vida de sua população.[34] É de relevo salientar que, a partir dos últimos anos do século XX e em especial agora no início do século XXI, surgiram novos problemas econômicos[35] causadores de transformações e instabilidades de natureza constitucional e política.

Além desses fatores geradores de crise no Estado Social de Direito, Jorge Miranda identificou ainda "causas administrativas (o peso de uma burocracia, não raro acompanhada de corrupção) e (...) causas comerciais (a quebra da competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de protecção social)"[36] como elementos de crise que atinge o *Welfare State*.

Observe-se que não há unanimidade na doutrina a respeito dos exatos fatores que causam a crise do Estado Providência. Assim, temos Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, que reconhecem que a crise relacionada com o retrocesso do Estado Social surgiu nas últimas décadas do século passado, sendo derivada da globalização econômica, realizada sobre a influência do pensamento neoliberal, que prega a diminuição do tamanho do Estado, além da desregulação econômica e da

---

[33] FRIEDEN, Jeffry A. *Capitalismo global*: história econômica e política do século XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 364.

[34] FRIEDEN, Jeffry A. *Capitalismo global*, p. 364-383.

[35] Destacamos, especialmente, a crise do *subprime* nos Estados Unidos, que eclodiu a partir da segunda metade do ano de 2007 e que em razão da existente globalização financeira atingiu, de forma negativa (recessão), a economia mundial, e a crise da dívida pública da zona do euro, surgida no final de 2009, sendo seus efeitos (em maior ou menor grau, dependendo da estrutura econômico-financeira de cada país) sentidos ainda hoje. A respeito do desenvolvimento dessas crises, veja-se a análise feita por KRUGMAN, Paul. *A crise de 2008 e a economia da depressão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 173-189; VAROUFAKIS, Yanis. *O minotauro global*: a verdadeira origem da crise financeira e o futuro da economia global. São Paulo: Autonomia Literária, 2016, p. 183-221 e 241-257; KINDLEBERGER, Charlie P.; ALIBER, Robert Z. *Manias, pânicos e crises*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 363-368.

[36] MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 83.

diminuição dos gastos sociais.[37] Ainda, diante da facilidade da movimentação de capitais surgida com a globalização, empresas se propõem a investir seus recursos, para implantar novas unidades, em países que lhes oferecem condições mais vantajosas, em detrimento de outros países cujos custos de produção, entre eles os direitos sociais dos trabalhadores, sejam mais elevados, o que se torna mais um empecilho para o crescimento econômico. Muito embora os autores tenham razão ao afirmar que os elementos por eles levantados concorrem para a crise do Estado Social, não há como deixar de reconhecer que já na década de 1970, ou seja, antes do referido processo de globalização, ao menos nos países com desenvolvimento incipiente (subdesenvolvidos) ou em estágio intermediário de desenvolvimento (que tanto se dá no aspecto econômico quanto no social), devido à insuficiência de recursos, verificava-se a impossibilidade do atendimento de todos os direitos prestacionais necessários para garantir um padrão de vida minimamente digno para grande parte da população.

Muito próximo do entendimento desses autores é a posição de Alexandre Mussoi Moreira, para quem, a partir da década de 1970, diversos fatores econômicos, como a inflação mundial, elevação dos preços da energia, longos períodos de recessão econômica, aumento da competitividade e da concorrência, volatilidade do capital no mercado internacional, aumento da taxa de juros e das dívidas públicas, interna e externa, dos países, contribuíram para a crise do Estado Social. Além disso, para o autor, esses fatores permitiram o avanço da proposta neoliberal, que, em apertada síntese, apregoa a diminuição do tamanho do Estado e dos seus custos, inclusive com a redução das prestações sociais, muitas das quais seriam transferidas para a iniciativa privada, resultando na diminuição da tributação sobre o capital, ficando com a população o ônus de arcar com os serviços públicos que ainda subsistiriam. Ademais, seria conveniente para o sucesso da proposta neoliberal o enfraquecimento dos sindicatos e a diminuição dos salários e dos direitos sociais (especialmente os ligados ao trabalhador). Num quadro econômico global com grandes disparidades entre os países integrantes do primeiro mundo e os demais, estando igualmente globalizado o capital, que permite sua rápida transferência entre Estados dispostos a oferecer melhores condições para recebê-lo, tal proposta foi mais aceita nos países subdesenvolvidos ou em

---

[37] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*, p. 85.

desenvolvimento, "onde o Estado Social é muito mais frágil". Em consequência, os países europeus, possuidores de um Estado de Bem-Estar mais desenvolvido, igualmente sofreram com a perda de investimentos ocorrida, o que pode fazer com que os governos de tais países também se rendam à proposta neoliberal. Desse conjunto de fatores, aliado à rejeição das soluções socialista e neoliberal e o fim do liberalismo clássico, avançam no velho continente as propostas neofacistas. Apesar da crise em que se encontra, concluiu afirmando que o Estado de Bem-Estar promoveu a justiça e a igualdade social, sendo ele "conceitualmente bom", ainda que em determinadas oportunidades caia "em contradições graves".[38]

Já José Luis Bolzan de Moraes sustenta serem três as crises que fragilizaram o Estado Social. Uma, é a crise fiscal-financeira surgida a partir dos anos 1970, deflagrada a partir do aumento do preço do petróleo, o que impactou toda a sociedade. A outra, uma crise ideológica, envolvendo a legitimação para atingir o próprio Estado Social, que se dá pelo embate entre "a democratização do acesso ao espaço público da política", cuja participação ampliada possibilita o aumento das demandas e "a complexificação das pretensões sociais", e, do outro lado, "a burocratização das fórmulas para responder a tais pretensões a partir da constituição de um corpo técnico-burocrático", com a atribuição de elaborar os planos de atendimento das demandas, existindo nessa situação um conflito entre a lógica política democrática e a lógica da decisão tecnocrática. A terceira é a crise filosófica, que atinge os fundamentos do modelo do Estado Social, cuja base de solidariedade fragmentou-se, resultando num enfraquecimento "no conteúdo tradicional dos direitos sociais, das estratégias de políticas públicas a eles inerentes, bem como nas fórmulas interventivas característicos deste modelo de Estado."[39]

Para Pierre Rosanvallon, que faz uma análise a partir da situação vivida na França, em que há uma estagnação do crescimento econômico a partir de 1974, com a diminuição da produção em contraposição com um aumento das despesas sociais, que até mesmo cresciam em razão das crises econômica que se sucederam no decorrer do tempo (*v. g.* a elevação de despesas com o seguro-desemprego), sendo que entre 1970 e 1990 também houve uma ampliação do percentual de descontos

---

[38] MOREIRA, Alexandre Mussoi. *A transformação do Estado*: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2002, p. 78-85.
[39] MORAIS. José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 39-44.

obrigatórios em patamar superior ao crescimento econômico do próprio país. Mas não só isso. Afirma o autor francês que ocorreu uma modificação dos esquemas das relações sociais, o que coloca a sociedade frente ao desafio de definir um novo contrato social, em razão do que não é apenas a busca por novas formar de financiamento público que resolverá a crise do Estado Social, mas igualmente é necessário rediscutir, a partir de uma visão global, o Estado Providência. Para tanto, a sociedade precisa analisar e decidir até que ponto deseja que chegue a oferta de bens e serviços sociais, bem como, inclusive, assumir na maior medida possível a administração dos serviços de bem-estar.[40]

Por sua vez, João Carlos Loureiro, em estudo realizado pós-crise econômica de 2008, afirma que "no processo de globalização, o Estado revelou-se necessitado de reforma", não de seu desmantelamento, mais de uma transformação do Estado Social, especialmente na sua versão providencial.[41] Ainda, assevera a existência de diversas crises, que não se resumem a de cunho econômico-financeiro, como a que ele denomina de "(falta de) classe política", resultado do ato de legislar em causa própria (revelador do preço do déficit de caráter e do infortúnio de um país que colocou toda sua confiança na lei), e a da "(ir)responsabilidade dos cidadãos", decorrente de uma enfermidade que atinge a própria cidadania, como no casos das pessoas que tentam se furtar de cumprir com o "dever fundamental de pagar impostos",[42] cujos recursos também são utilizados para o financiamento de bens públicos, ou nas hipóteses de pagamentos de valores a título de ajuda social para pessoas que estão incapacitadas, as quais poderiam realizar alguma atividade como contraprestação à comunidade.[43]

Também merece destaque o recente[44] trabalho de Ulrich Beck sobre a crise do euro e da própria Europa, decorrente dos problemas financeiros da Grécia surgidos no início desta década, em que, com uma visão sociológica do assunto, apregoa a necessidade de um novo contrato social por meio de uma Europa unida,

---

[40] ROSANVALLON, Pierre. *La crisis del Estado Providencia*. Madrid: Civitas, 1995, passim.

[41] LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao estado social?*: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos". Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010, p. 18.

[42] Embora direcionado a Portugal, as constatações feitas João Carlos Loureiro, mais do que nuca, são aplicáveis à situação atual do Brasil.

[43] LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao estado social?*: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos", p. 20-23.

[44] O tralho em questão foi publicado na Alemanha em 2012.

afastando a onda de nacionalismo envolvendo os países do velho continente, como forma de garantir uma maior segurança social,[45] o que é revelador de uma ainda existente solidariedade nos países desenvolvidos.

Para além desses posicionamentos, devemos considerar que, na atualidade, os países estão cada vez mais economicamente interligados, o que é um efeito da própria globalização,[46] em que há uma redução das barreiras protecionistas entre eles e uma diminuição das distâncias (ao menos em sentido figurado) e do tempo necessários para o fechamento de negócios, conforme podemos ver claramente pela descrição feita por Thomas L. Friedman,[47] o que resulta em uma mais veloz e impactante transferência de capitais entre as nações, os quais se tornaram economicamente vulneráveis a uma transferência maciça de recursos financeiros. E como resultado dessa redução espaço-temporal das grandes movimentações financeiras entre países, surgem crises econômicas, muitas vezes em ordem sucessiva, que trazem como uma das suas consequências (indireta) a impossibilidade da efetivação das prestações sociais, pelo menos em um patamar mínimo que resulte na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. É necessário reconhecermos, inclusive, que a manutenção de um longo período de estagnação ou recessão econômica possibilitará até mesmo retrocessos do Estado Social, atingindo, com certeza, as camadas das populações mais necessitadas. Se tal situação é muito séria para os denominados países do primeiro mundo, que conseguiram completar o ciclo (ou pelo menos atingiram um elevado patamar de implantação) dos benefícios advindos do Estado Providência, muito mais grave é para os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, que compõem a maior parte humanidade, nos quais há um ciclo incompleto do Estado de Bem-Estar, sendo que devemos reconhecer que para grande parte deles tal ciclo encontra-se em estágio embrionário.

Em tal contexto, Thomas Piketty sustenta que os grandes capitais crescem percentualmente mais do que os capitais menores, acumulados pela grande massa da população mundial, o que tende a gerar uma maior desigualdade financeira global.[48] Nesse contexto, o autor entende ser necessário modernizar o Estado Social

---

[45] BECK, Ulrich. *A Europa alemã*: a crise do euro e as novas perspectivas de poder. São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 110-112.
[46] Fenômeno que consideramos como sendo de ordem econômica, social e cultural.
[47] FRIEDMAN, Thomas L. *O lexus e a oliveira*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1999, p. 9-21.
[48] PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 419-455.

estabelecido ao longo do século XX, o qual foi construído em torno de um conjunto de direitos (educação, saúde e aposentadoria), porquanto não é possível a ampliação indefinida desse Estado Social, com a consequente ampliação da tributação sobre a receita nacional. Além disso, ao atingir certa proporção, o setor público apresenta sérios problemas organizacionais, em razão do que é necessário melhorá-lo, sob pena de deixar de existir o consenso em torno do alto nível de arrecadação e, assim, do próprio Estado Social. Ainda, o autor coloca que não se tem certeza de que o processo de construção de um Estado Social no século XXI necessariamente possui um caráter universal, em face do que não é possível garantir que isso ocorra nos países pobres e em desenvolvimento. Apesar disso, entende que a questão do desenvolvimento de um Estado fiscal e Social no mundo emergente reveste-se de uma importância fundamental para o futuro do planeta.[49]

Já Fábio Konder Comparato aduz que a civilização capitalista, na qual estamos inseridos, é geradora de desigualdades, relativamente à renda média *per capita*, sendo que a diferença entre os atuais países desenvolvidos e os subdesenvolvidos da atualidade vem crescendo desde meados do século XVIII. Ademais, há um grande aumento da desigualdade econômica interna em todo o mundo, o que resulta que no final "da primeira década do século XXI, os 10% mais ricos da população mundial controlavam 80% da riqueza mundial, enquanto os 50% mais pobres detinham apenas 2% dela." Isso resulta numa fragilização das sociedades, com a elevação "dos níveis de violência, de saúde precária, de ausência de cooperação entre as classes e grupos sociais; sem falar no obstáculo quase insuperável que essa acentuada divisão entre ricos e pobres representa, para fazer funcionar o regime democrático." [50] Parece evidente que o crescimento da desigualdade, com o aumento da concentração de riquezas em um pequeno percentual da população do um país, pressiona cada vez mais o próprio Estado, relativamente à necessidade de implementação dos direitos sociais prestacionais, em especial os de caráter assistencial,

Embora de amplo conhecimento, devemos ressaltar que o Brasil encontra-se nesse contexto socioeconômico, não tendo ficado imune ao ataque ao Estado Social estabelecido em nossa Constituição, em especial pelo fato de que nosso país também

---

[49] PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*, 459-479.
[50] COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 272-274.

foi atingido pelos reflexos das crises do *subprime* e da dívida pública da Zona do Euro, o que acarretou uma forte recessão econômica, com a consequente redução do ingresso de recursos nos cofres públicos, o que vem impactando na própria prestação de serviços públicos, além de estarmos com uma taxa de inflação relativamente elevada, um aumento do índice de desemprego e a subsistência de um elevado déficit fiscal.

Só para bem entendermos a situação atual do nosso país, e especificamente no que importa para o presente trabalho, no ano de 2014 o Produto Interno Bruto (PIB) teve um crescimento de apenas 0,5%,[51] no ano de 2015 o crescimento foi de -3,8%[52] e em 2016 ele foi de -3,6%.[53] Quanto à inflação, em 2014 foi de 6,41%, em 2015 de 10,67% [54] e em 2016 de 6,29%.[55] No tocante à taxa de desemprego, atualmente é de 13,0%, o que significa em torno de 13,5 milhões de pessoas à procura de trabalho.[56] Paralelo à situação que acabamos de descrever, há uma diminuição do ingresso de recursos nos cofres públicos (consequência da redução da atividade econômica), o que colaborou para o déficit primário (que engloba as contas do Tesouro Nacional, Previdência Social e Banco Central) de R$ 154,225 bilhões do setor público federal em 2016[57] e de uma previsão de déficit primário de R$ 159

---

[51] Informação disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/11/ibge-revisa-pib-de-2014-para-alta-de-05.html> Acesso em: 06-01-2017.

[52] Informação disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-03/ibge-pib-fecha-2015-com-queda-de-38>. Acesso em: 06-01-2017.

[53] Informação disponível em: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id>. Acesso em: 07-03-2017. Para bem entendermos o significado dessa sequência de baixo crescimento e queda do PIB, segundo o Monitor do PIB da Fundação Getúlio Vargas, com essa redução de 3,6%, teríamos "a preços de 2016" um Produto Interno Bruto que seria inferior ao do ano de 2011. Informação disponível em: <http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumPageId=402880972283E1AA0122841CE9191DD3&lumItemId=8A7C82C5593FD36B015A4648BD646D72>. Acesso em: 15-08-2017.

[54] Informação disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Pec/metas/TabelaMetaseResultados.pdf>. Acesso em: 06-01-2017.

[55] Informação disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-01/inflacao-oficial-fecha-2016-em-629-dentro-do-teto-da-meta-diz-ibge>. Acesso em: 11-01-2017.

[56] Informação disponível em: < http://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14903-no-trimestre-encerrado-em-junho-desocupacao-foi-de-13-0.html>. Acesso em: 31-07-2017. Veja-se que ao agregarmos ao número de desempregados as pessoas que estão subocupadas, isto é, aquelas que trabalham menos de 40 horas semanais e que gostariam de trabalhar um período maior (até mesmo para obter uma elevação de sua renda), chegamos a um número muito superior, que totalizava 26,5 milhões de pessoas no primeiro trimestre de 2017, correspondendo a uma taxa de subutilização de 24,1% da força de trabalho do país. Informação disponível em: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=3433>. Acesso em: 18-05-2017.

[57] Informação disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/4852334/governo-central-registra-deficit-primario-de-r-154-bilhoes-em-2016>. Acesso em: 26-02-2017.

bilhões para 2017 e 2018.[58]

De outro lado, devemos ter em conta que, da nossa população atual de mais de 207 milhões de habitantes,[59] até outubro de 2016 existiam 27.925.293 famílias inscritas no cadastro único para programas sociais do governo federal, o que correspondia a mais de 80.000.000 pessoas. Além disso, outros dados merecem destaque. O primeiro, relativo à renda mensal dessas famílias, que ficaram distribuídas nas seguintes faixas: a) 12.289.970 famílias com renda per capital de até R$ 85,00; b) 4.076.375 famílias com renda per capita entre R$ 85, 01 e R$ 170,00; c) 6.305.324 famílias com renda per capita entre R$ 170,01 e meio salário mínimo; d) 5.253.624 famílias com renda per capita mensal superior a meio salário mínimo (mas cujo rendimento não deve ser muito maior que isso, já que inseridas em algum programa social). O segundo, de que o desembolso com o programa bolsa família para 13.569.576 (no valor médio de R$ 181,15), no mês de dezembro de 2016, foi de R$ 2.458.172.701,00, totalizando no ano R$ 28.506.185.141,00. O terceiro, de que em outubro de 2016 existiam 4.385.204 percebendo o benefício de prestação continuada (no valor de um salário mínimo), sendo o acumulado despendido nesse ano de R$ 37.902.553.257,66.[60]

Ainda, devemos ter em conta que valores muito maiores são despendidos pela União com outras rubricas orçamentárias. Veja-se que do total de recursos executados pelo governo federal em 2016, que totalizaram R$ 1.763.477.620.618,56, o refinanciamento da dívida interna resultou no dispêndio de R$ 679.689.450.130,53, o pagamento do serviço da dívida interna foi de R$ 292.012.132.361,98,[61] despesas com pessoal (ativos e inativos) e os respectivos encargos sociais envolvendo os três Poderes, o Ministério Público da União, transferências aos ex-Territórios e Guanabara, bem como ao Fundo do Distrito

---

[58] Informação disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/5081272/governo-confirma-meta-de-deficit-de-r-159-bilhoes-em-2017-e-2018>. Acesso em: 15-08-2017. Observe-se que essa mesma notícia informa que é esperado um déficit do governo no ano de 2019 de R$ 139 bilhões e no de 2020 de R$ 65 bilhões. Ademais, devemos ressaltar que igualmente os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estão sofrendo os efeitos da atual crise econômica, com a redução de suas receitas, o que resulta para muitos deles em déficit primário e dificuldades para o pagamento de suas obrigações.

[59] Conforme projeção, em tempo real, feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Informação disponível em: <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em: 02-03-2017.

[60] As informações do cadastro único para programas sociais do governo federal, do programa bolsa família e do benefício de prestação continuada estão disponíveis em: <http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/ri/relatorios/mds/index.php>. Acesso em 06-01-2017.

[61] Informação disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/PortalFuncoes>. Acesso em: 06-01-2017.

Federal resultaram no desembolso de R$ 269.784.000.000,00,[62] os gastos com a previdência social foram de R$ 310.871.139.245,87[63] e os com saúde de R$ 90.434.255.008,33.[64]

Assim, por esses dados, dos quais não constam vários outros benefícios pagos pela União, verificamos o grande comprometimento de recursos orçamentários com programas sociais, ou seja, visando ao atendimento dos direitos sociais de caráter prestacional previstos na nossa Carta Política ou de outros previstos em disposições infraconstitucionais, que também contribuem para a construção do Estado Social (e Democrático de Direito), previsto na nossa Constituição.

E é nesse contexto que surgem propostas visando à diminuição do tamanho do Estado brasileiro, a fim de que possa "caber" dentro do orçamento anual, o que acarretará, também, a redução de benefícios sociais ou o aumento das exigências para concedê-los, criando um retrocesso em termos de prestações estatais. Como exemplo disso, temos em nosso país a aprovação da Emenda Constitucional nº 95/2016, a qual, basicamente, estabelece por um período de vinte exercícios financeiros a limitação do aumento dos gastos públicos constantes dos orçamentos fiscal e da seguridade da União, que não poderão ser elevados, de um ano para o outro, em percentual superior ao do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), ou seja, o aumento anual das despesas será (no máximo) de acordo com o índice da inflação. Veja-se que a limitação estabelecida na Emenda Constitucional nº 95/2016 não leva em consideração o eventual crescimento econômico, do qual decorre um aumento da arrecadação tributária, nem o crescimento da população brasileira. O resultado do quadro que acabamos de descrever é que os gastos públicos, inclusive os que envolvem o atendimento de direitos fundamentais sociais, sofrerão uma paulatina e real redução do valor aplicado por habitante (redução *per capita*),[65] tudo isso para que, ao final, sobrem

---

[62] Informação disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/servicos/series-estatisticas/series-estatisticas>, item "Pessoal e Encargos Sociais Anual 2000 a 2016". Acesso em: 07-07-2017.
[63] Informação disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/PortalComprasDireta>. Acesso em: 06-01-2017.
[64] Informação disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/PortalFuncoes.asp?Ex>. Acesso em: 06-01-2017. Observe-se que na função "saúde" estão incluídos desde gastos com a administração geral ou com a formação de recursos humanos até os realizados com a assistência hospitalar e ambulatorial, atenção básica, programas de saneamento básico, vigilâncias epidemiológica e sanitária, entre outros.
[65] Reafirme-se que tal assertiva é o resultado de uma equação que considera três variáveis: inflação, crescimento econômico e aumento da população.

mais recursos para o pagamento da dívida pública.

Finalizando, e embora não exista uma uniformidade de entendimento a respeito, podemos concluir que todas as causas anteriormente arroladas foram, em maior ou menor grau, dependendo do país, causadoras da crise do Estado Social, sendo que no tocante ao Brasil possuem grande importância as denominadas causas administrativas, apontadas por Jorge Miranda, especialmente no que se refere a uma hoje evidente corrupção endêmica impregnada na alta classe política nacional, mas que igualmente se dissemina, com diferentes intensidades, em larga escala pela administração pública no país, associada a uma ineficiente burocracia, que parece muitas vezes ser um fim em si mesmo, porquanto está longe de realizar o princípio constitucional da eficiência, o qual "determina que a Administração Pública cumpra bem as suas tarefas, empregando, em tempo razoável, os meios apropriados e pertinentes",[66] ou de ter em vista o bem-estar da população. Ademais, embora alguns apregoem soluções supranacionais ou globais, com complexas modificações sociais (novo contrato social), parece-nos, senão impossível, muito difícil disso ocorrer, porquanto na sociedade atual há um aumento do individualismo, em detrimento da solidariedade, como podemos vislumbrar no comportamento das nações europeias em relação ao crescente número de imigrantes afegãos, iraquianos, líbios e sírios (dentre outros), que fogem de conflitos armados existentes em seus países de origem e, diariamente às centenas ou aos milhares, tentam ingressar no território europeu para chegar naqueles Estados economicamente mais desenvolvidos e que possuam um sistema de benefícios sociais mais aperfeiçoado.[67] Portanto, temos que a *luta* a ser travada com o fito de assegurar a subsistência do Estado Social se dará dentro de cada país, considerando sua ordem econômica, sua sociedade e seu ordenamento jurídico-constitucional, sem que com isso não estejamos reconhecendo a necessidade de sua transformação, até mesmo porque,

---

[66]FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 110.

[67] Adreas Fischer-Lescano e Kolja Möller sustentam que há muito tempo a questão social é de natureza global (FISCHER-LESCANO, Andreas; MÖLLER, Kolja. *Luta pelos direitos sociais* globais: o delicado seria o mais grosseiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 2). Segundo esses autores: "Os perímetros dos conflitos sociais não passam mais primariamente ao longo das fronteiras do Estado nacional. A economia, a política, o direito e a ciência mundiais contribuem, cada qual, para o surgimento de situações de exclusão. Os eixos de discriminação podem se cruzar e se reforçar. As relações de poder transfronteiriças são turvas e impiedosas. Em casos extremos, nem a própria sobrevivência é garantida." (FISCHER-LESCANO, Andreas; MÖLLER, Kolja. *Luta pelos direitos sociais* globais, p. 2).

como bem colocado por Catarina Santos Botelho, não devemos “menosprezar as propriedades *camaleónicas* do Estado social, que comprovam a riqueza do seu conteúdo”.[68]

1.3 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS: DELINEAMENTO BÁSICO

Ao nos referirmos a direitos fundamentais não estamos utilizando essa expressão no mesmo sentido de direitos humanos, sendo de se ressaltar quanto a este que a doutrina não possui um entendimento uniforme a respeito do seu conteúdo e significado.[69] E para os fins do estudo que aqui se realiza, adotamos a posição de George Marmelstein,[70] Ingo W. Sarlet[71] e J. J. Gomes Canotilho,[72] que consideram os direitos fundamentais como os direitos do homem positivados no ordenamento jurídico de um determinado Estado, geralmente nas Constituições,[73] enquanto que os direitos humanos são os constantes dos diplomas internacionais.[74] Atente-se que direitos fundamentais é a expressão utilizada por várias Constituições a partir do término do Segundo Pós-Guerra, das quais podemos destacar, devido à influência sobre o nosso ordenamento jurídico, a da Alemanha de 1949, a de Portugal de 1976 e a da Espanha de 1978. Também devemos asseverar, em apoio à mencionada nomenclatura, que a Constituição brasileira de 1988 nomina seu Título II como sendo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, onde está contido uma

---

[68] BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise*: ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 424.

[69] PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 21-51.

[70] MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 26.

[71] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 29.

[72] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393.

[73] Conforme anota Jorge Miranda, tanto a Constituição portuguesa de 1976 quanto a brasileira de 1988 possuem disposições (arts. 16, nº 1, e art. 5º, § 2º, respectivamente) que permitem o surgimento de novos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil, decorrentes de Tratados Internacionais a que adiram ou mesmo de leis infraconstitucionais (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: direitos fundamentais. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, Tomo IV, p. 13-14). Posição contrária possui Ingo W. Sarlet, que sustenta a necessidade de cautela quanto a este ponto, pois, ao contrário da Constituição portuguesa, o art. 5º, § 2º, da nossa Carta Política, não faz uso do termo “lei”, bem como por entender mais razoável que o legislador infraconstitucional possui como função principal a concretização dos direitos fundamentais já previstos na Constituição (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 321-322).

[74] Quanto a este último ponto, J. J. Gomes Canotilho não se refere a direitos humanos, mas a direitos do homem.

profusão de normas jusfundamentais sobre direitos individuais e coletivos (Capítulo I), direitos sociais (Capítulo II), nacionalidade (Capítulo III), direitos políticos (Capítulo IV) e regramentos básicos a respeito da criação e funcionamento dos partidos políticos (Capítulo V). Demais disso, a nossa atual Carta Política, quando está se referindo "ao âmbito internacional, ela fala em 'direitos humanos'",[75] com o que temos que reconhecer a existência de uma coerência semântica do nosso Texto Maior e uma utilização em sentido diverso, e não como sinônimos, das expressões direitos fundamentais e direitos humanos.

É necessário, ainda, afirmarmos a fundamentalidade dos direitos sociais previstos na Constituição de 1988, sob pena de incompletude da nossa argumentação. Veja-se, conforme dito no parágrafo anterior, que os direitos sociais estão inseridos dentro do Título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, o que demonstra ser uma espécie dos diretos fundamentais estabelecidos na Carta Política,[76] além de serem reforçados (por decorrência do contido no art. 5º, § 1º) com a característica de aplicação imediata.[77] E, embora mais controvertido, porquanto não expressamente mencionado, aplica-se-lhes a proteção do art. 60, § 4º, da Constituição, porquanto contidos no respectivo inciso IV ("os direitos e garantias individuais"). A respeito disso, é de se ver que se aceitarmos a tese de que é necessária uma interpretação meramente literal dessa cláusula de proteção, com a consequente exclusão dos direitos sociais do seu âmbito de abrangência, teríamos que igualmente concluir que não estão ao seu abrigo os direitos coletivos, de nacionalidade e políticos (com exceção do direito ao voto, em razão da expressa previsão no art. 60, § 4º, II, da CRFB/88), o que nos parece uma conclusão, no mínimo, irrazoável.[78] Ademais, como inexiste na Constituição de 1988 um título, capítulo ou sessão denominado de "direitos e garantias individuais",

---

[75] MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*, p. 26.

[76] SARLET, Ingo Wolgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: ______; LEITE, George Salomão (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional*: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 213-253, especialmente p. 221.

[77] SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro, p. 222-223.

[78] A respeito da apreciação do resultado da interpretação, sempre é oportuno termos em conta que "*deve o direito ser interpretado inteligentemente*: não de modo a que a ordem legal envolva um *absurdo*, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo." (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 166).

entendemos que tal expressão abrange, em realidade, todos os direitos abrigados no Título II, que se encontram sob a denominação "dos direitos e garantias fundamentais".[79] Outrossim, a fundamentalidade do direitos sociais decorre do conteúdo materialmente aberto que a nossa Carta Política confere às posições jusfundamentais (art. 5º, § 2º), o que resulta na existência de uma dupla fundamentalidade (formal e material) dos direitos sociais no ordenamento constitucional pátrio.[80]

De outra parte, Ingo W. Sarlet afirma que os direitos fundamentais sociais "constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia em um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material",[81] sendo essa mesma a posição de Alessandra Gotti.[82] Veja-se, também, que tais posicionamentos seguem a mesma linha de Antonio E. Perez Luño, para quem os direitos sociais se destinam, essencialmente, a assegurar aos indivíduos a participação nos recursos sociais.[83] Assim, podemos ver que os direitos sociais são os meios (individuais ou coletivos) pelo qual a Constituição possibilita ao indivíduo alcançar a igualdade material, sendo, por isso, como bem coloca José Eduardo Faria, "um *direito das preferências e das desigualdades*", isto é, um direito discriminatório com objetivos compensatórios.[84]

---

[79] Parece-nos que, em face da proximidade entre os elementos linguísticos das expressões "direitos e garantias individuais" e "direitos e garantias fundamentais", o constituinte originário utilizou-as com sinônimos.

[80] Conforme assevera Ingo W. Sarlet, "(...) firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da Constituição Federal (dos direitos e garantias fundamentais), estejam localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais. Como corolário desta decisão em prol da fundamentalidade dos direitos sociais na ordem constitucional brasileira, e por mais que se possa e, até mesmo (a depender das circunstâncias e a partir de uma exegese sistemática), por mais que seja possível reconhecer eventuais diferenças de tratamento, os direitos sociais – por serem fundamentais – comungam do regime da dupla fundamentalidade (formal e material) dos direitos fundamentais." (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro, p. 223). Devemos reconhecer, entretanto, que há direitos previstos na Constituição que são apenas formalmente fundamentais, como, *v. g.*, os contidos no art. 7º, III (fundo de garantia do tempo de serviço), XVI (remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal), e no art. 8º, II (estabelece a unicidade sindical).

[81] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 63.

[82] GOTTI, Alessandra. *Direitos Sociais*: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47-48.

[83] PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion*, p. 84.

[84] FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1ª

Ademais, cumpre esclarecer que sob a denominação de direitos sociais a nossa Constituição engloba os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais,[85] até mesmo pelo fato de que os direitos sociais estabelecidos nos art. 6º relacionam-se com preceitos das partes relativas à organização do Estado, ao seu sistema financeiro, à ordem econômica e à ordem social, sendo que esta última detalha muitos dos direitos sociais estabelecidos no Titulo II e criam outros que não tinham sido anteriormente previstos,[86] como a proteção ao meio ambiente, o qual, em última análise, objetiva a preservação e aprimoramento da própria dignidade da pessoa humana.[87] Disso podemos concluir que a nossa Constituição não procedeu a uma organização sistematizada dos direitos sociais, localizando todos eles em um capítulo com essa denominação (Capítulo II do Título II – arts. 6º a 11), até mesmo pelo fato de que as Constituições, em primeira linha, são documentos políticos, em razão do que não foram concebidos, principalmente, sob uma perspectiva jurídico-semântica.[88] E mais, a Constituição brasileira não estabeleceu uma explícita distinção entre os direitos de liberdade (de defesa) e os direitos sociais,[89] como fez a Constituição portuguesa (art. 18),[90] o que confirma a ideia de imbricação entre

---

ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 94-112, especialmente p. 105.

[85] SARLET, Ingo Wolfgang, In: ______; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 595.

[86] NETTO. Luísa Cristina Pinto. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 47-48.

[87] É bom lembrarmos que todo indivíduo humano vive, ou subsiste, de forma digna apenas se o meio ambiente em que ele se encontra é, minimamente, saudável. Tal afirmação se entrelaça com o entendimento de Carlos Alberto Molinaro, para quem a insuficiência de recursos financeiros ou humanos não é justificativa para se autorizar a "degradação ambiental", já que o "legislador está afetado e possui competência para estabelecer ou modelar uma ordem de prioridade para atender às necessidades ambientais, constitucionalmente, minimamente asseguradas", sendo essa assertiva "suportada na substancialidade do 'contrato político' que elege como 'foco central' o direito fundamental à vida e a manutenção das bases que o sustentam, o que só se pode dar no gozo de um ambiente equilibrado e saudável, onde vai concretizar-se, em sua plenitude, a dignidade humana." (MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental*: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 113).

[88] BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 28.

[89] Marcelene Carvalho da Silva Ramos afirma que há uma interpenetração entre os direitos de defesa e os de caráter prestacional, estes últimos próprios do Estado de Direito Democrático e Social (RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental*: aplicabilidade. Curitiba: Juruá, 2009, p. 30). Entendemos, porém, que é melhor dizer que há uma vinculação entre tais direitos, que em realidade se complementam, porquanto (se não para a totalidade, ao menos para grande parte da população, principalmente dos países não desenvolvidos ou em desenvolvimento, nos quais existe uma grande desigualdade social) os direitos sociais prestacionais fornecem uma base material mínima de dignidade, sem a qual o ser humano não possui a necessária autonomia para a tomada de decisões (situação de consciência livre, em que há potencial possibilidade de uma análise independente dos fatos subjacentes à escolha a ser feita, não sofrendo influência externa decorrente de necessidades básicas que lhe retiram a própria dignidade).

[90] NETTO. Luísa Cristina Pinto. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*,

todos os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais e de que eles podem ser reduzidos sob a denominação de direitos sociais.

Prosseguindo com o delineamento básico dos direitos sociais, cumpre afirmarmos que eles possuem uma dupla dimensão, objetiva e subjetiva, ligadas a um mesmo direito fundamental. [91] Deste modo, a dimensão objetiva envolve, principalmente, o dever do Estado de implementação de direitos fundamentais, enquanto a dimensão subjetiva abrange a possibilidade do titular do direito fundamental pleitear uma prestação específica. [92] Além disso, há as dimensões positivas e negativas dos direitos sociais. Na dimensão positiva estão os direitos fundamentais de caráter prestacional, em que há necessidade de uma prestação por parte do Estado, enquanto que na dimensão negativa encontram-se os que exigem uma abstenção estatal, de outros indivíduos ou de pessoas jurídicas para sua efetivação. [93] Exemplos da primeira são os direitos à saúde, à educação e à seguridade social, para os quais a Constituição estabelece o dever do Estado em implementá-los e os seus limites mínimos de realização,[94] enquanto que da segunda dimensão podemos referir a liberdade de associação sindical, o limite da jornada de trabalho e vedação de discriminação no tocante ao salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. A respeito da mencionada dimensão positiva, cumpre asseverarmos, assim como faz Jorge Reis Novais,[95] que não só espécies de

---

p. 48. No direito português, é de se ressaltar a posição (minoritária) de Jorge Reis Novais, que sustenta a existência de um regime jurídico único dos direitos fundamentais (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, passim).

[91] SARLET, Ingo Wolfgang, In: ______; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 595-597.

[92] Atente-se para o fato de que há outros desdobramentos decorrentes das mencionadas dimensões, que não serão mencionados por desbordarem dos limites impostos a este trabalho. Para o mais, vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 148-161.

[93] É o que ocorre, exemplificativamente, com o direito à greve, em que o Estado deve abster-se de qualquer atividade no sentido de coibir o movimento paredista, desde que este ocorra dentro dos regramentos estabelecidos na Constituição e nas leis. É de se observar, ainda, que essa vedação de agir contra a greve não se dirige apenas ao Estado, mas igualmente ao particular, no caso o empregador, que deverá tolerar, desde que dentro do direito estabelecido, a paralisação de seus empregados.

[94] Temos um limite de obrigação governamental no direito à educação, para o qual a Constituição estabelece como dever do Estado garantir o ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, I).

[95] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, p. 123-140. Para esse autor, o "que acaba por ser determinante não é a classificação do direito (de liberdade ou social), não é também, embora tenha grande importância dogmática, a natureza estrutural do direito em causa como direito positivo ou direito negativo, mas, em última análise, a natureza do dever estatal correlativo do direito em questão" (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, p. 138). Apesar de não reconhecer como significante a diferenciação feita entre as dimensões positivas e negativas, para fins de distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais, ele entende que na sua dimensão positiva

direitos sociais a possuem, existindo igualmente em certos tipos de direitos de liberdade e garantia (direitos de defesa), que necessitam uma ação do Estado para sua concretização. É o caso, *v. g.*, do *habeas corpus* (direito de defesa contra o poder de polícia estatal) e das ações possessórias e reivindicatórias (meio para a preservação do direito de posse ou propriedade), em que o Estado necessita implantar e manter com recursos públicos toda uma estrutura material e humana (poder judiciário) para o seu processo e julgamento, ou o da segurança pública, que tem por objetivo, entre outros, o de garantir o direito fundamental da propriedade (ou seja, um direito de defesa), sendo a seleção, treinamento e aparelhamento das forças policiais realizados e custeados pelo poder público.

Logo, temos que nos direitos fundamentais sociais,[96] assim como nos direitos de liberdade/defesa, subsistem tanto as dimensões negativas quanto positivas, bem como que para sua realização são igualmente despendidos recursos públicos.

1.4 CONTORNOS JURÍDICOS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A dignidade da pessoa humana é um conceito que vem sendo construído com o decorrer do tempo, em razão do que a forma como o entendemos hoje não é a mesma de tempos mais remotos. Disso resulta correta a afirmação de Jorge Miranda no sentido de que "sua concretização se faz histórico-culturalmente".[97]

Nesse ponto do trabalho, devemos advertir que nem todas as regiões do globo possuem a mesma noção de dignidade humana. E se nem todos possuem o mesmo entendimento sobre dignidade humana, o conceito dos próprios direitos humanos não pode ser considerado como sendo universal.[98] Para Raimundo Panikkar, três razões atestam essa assertiva. A primeira, de que nenhum conceito é universal. A segunda, de que no campo da cultura ocidental, nem mesmo os pressupostos que servem para situar a nossa problemática são universais. A terceira, que numa

---

qualquer espécie de direito fundamental possui uma justiciabilidade enfraquecida. (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, p. 131).

[96] E igualmente nos direitos econômicos, culturais e ambientais.

[97] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: direitos fundamentais, Tomo IV, p. 222.

[98] PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.205-238, especificamente p. 216.

"perspectiva intercultural, o problema parece exclusivamente ocidental, ou seja, o que está em jogo é a questão em si."[99] Portanto, dependendo dos fundamentos da cultura de um determinado povo, sua noção de dignidade poderá ser outra. Daí que, não é possível, de forma pura e simples, transportarmos nosso entendimento a respeito da dignidade humana para outras culturas (até porque nenhuma cultura pode ser considerada como completa ao ponto de se sobrepor as outras), sem que com isso estejamos realizando um "localismo globalizado", assim entendido como o "processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso".[100] Segundo Boaventura de Sousa Santos, para evitarmos essa forma de "globalização de-cima-para-baixo, neoliberal e hegemônica",[101] o diálogo intercultural deverá ser realizado por meio de uma hermenêutica diatópica, que se baseia "na ideia de que os *topoi*[102] de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem", sendo tal incompletude não visível "a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo." [103] Prosseguindo, o autor português afirma que a hermenêutica diatópica não objetiva atingir a completude, mas "ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra."[104]

No mesmo sentido posiciona-se Raimundo Panikkar, para quem a própria questão relacionada com a natureza dos direitos humanos deve ser submetida a um escrutínio intercultural, sendo que para tanto é necessário realizar uma hermenêutica diatópica, definida por ele como "uma reflexão temática sobre o fato de que os *loci* (*topoi*) de culturas historicamente não-relacionadas tornam problemáticas a compreensão de uma tradição com as ferramentas de outras e as

---

[99] PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?, especificamente p. 216-221.
[100] SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 239-277, especificamente p. 246.
[101] SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos, especificamente p. 249.
[102] Para Boaventura de Sousa Santos, "os *topoi* são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura", que "funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos." (SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos, especificamente p. 256.
[103] SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos, especificamente p. 256-257.
[104] SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos, especificamente p. 257.

tentativas hermenêuticas de preencher essas lacunas."[105] Logo, devemos buscar o equivalente homeomórfico (equivalente funcional) na outra cultura, e não apenas transferirmos nosso entendimento sobre direitos humanos para outras linguagens culturais.[106] O autor espanhol conclui afirmando que embora a noção que temos hoje de direitos humanos seja um conceito ocidental, o mundo não deveria renunciar a eles, em razão da sua essencialidade no atual "mundo tecnológico moderno". Porém, devem-se "criar espaços para que outras tradições do mundo se desenvolvam e formulem suas próprias visões homeomórficas correspondentes ou opostas aos 'Direitos' ocidentais", além de ser necessário "encontrar um espaço intermediário para a crítica recíproca, que avance no sentido da fecundação e do enriquecimento mútuos", o que talvez possa ajudar a criar "um novo mito e, assim, uma nova civilização mais humana."[107]

Feitos os esclarecimentos necessários a respeito da reserva que devemos ter quanto aos conceitos de direitos humanos e de dignidade da pessoa humana, relativamente à sua extensão a outras culturas, prosseguiremos com uma breve exposição sobre o desenvolvimento da dignidade humana.[108]

Assim, vemos que no período da Grécia clássica inexistia uma noção próxima do que se entende hoje a respeito de pessoa.[109] Nessa época "a pessoa singular é um corpo que pertence ao conteúdo da *Polis*",[110] diante do que também não se possuía a dimensão atual a respeito da dignidade da pessoa humana,[111] qual seja, a do homem como um fim em si mesmo.

Foi a partir do cristianismo que a noção de pessoa, entendida como elemento merecedor de respeito (e, portanto, de dignidade), começou a se fazer presente, chegando Battista Mondin a afirmar que "o valor absoluto do indivíduo é dado da

---

[105] PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?, especificamente p. 207-208 e nota de rodapé nº 4.
[106] PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?, especificamente p. 209.
[107] PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?, especificamente p. 236-237.
[108] O desenvolvimento da dignidade humana a ser apresentado é o do mundo ocidental.
[109] SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 19.
[110] BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETO, Sílvia Marina L. Batalha de. *Filosofia jurídica e história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 349.
[111] Veja-se, a título de exemplo, que na sociedade grega a escravidão era naturalmente aceita. Existiram, porém, posições contrárias, como a dos sofistas, que, conforme revela J. V. Luce: "em seus melhores momentos, foram defensores dos direitos humanos, e alguns chegaram a questionar a validade da profundamente arraigada instituição social da escravidão." (LUCE, John Victor. *Curso de filosofia grega*: do século VI a. c. ao século III d. C. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 84).

revelação cristã."[112] Entretanto, é de se reconhecer que durante séculos o próprio cristianismo continuou a admitir "a legitimidade da escravidão, a submissão doméstica da mulher ao homem e a inferioridade natural dos indígenas americanos".[113]

No último quarto do século XVIII, com a publicação dos estudos realizados por Immanuel Kant, surgiu a concepção que hoje grande parte da doutrina constitucional[114] tem a respeito da dignidade da pessoa humana.

Kant considera que a vontade, entendida como faculdade de autodeterminação em conformidade com determinadas leis, só pode ser encontrada em seres racionais.[115] Partindo desse ponto, o filósofo alemão diz que o homem (e também todo ser racional) "*existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade."[116] Desta forma, tanto as ações praticadas por uma pessoa quanto as praticadas por outros indivíduos e dirigidas àquela devem sempre considerar o homem *fim*.[117] E mais, segundo Kant:

> Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objecto do respeito).[118]

Tal proposição, é de ser dito, vai muito além da mera manutenção da integridade física da pessoa, abrangendo qualquer forma de utilização do homem como meio.[119]

---

[112] MONDIN, Battista. *O homem, quem é ele?* Elementos de antropologia filosófica. 10ª ed. São Paulo: Paulus, 1980, p. 291.
[113] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 17.
[114] Novamente devemos salientar que essa afirmação refere-se, basicamente, ao mundo ocidental.
[115] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 67.
[116] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 68.
[117] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 68.
[118] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 68.
[119] Isso fica bem claro no segundo exemplo apresentado por Kant: "Pelo que diz respeito ao dever necessário ou estrito para com os outros, aquele que tem a intenção de fazer a outrem uma promessa mentirosa reconhecerá imediatamente que quer servir-se de outro homem *simplesmente como meio*, sem que este último contenha ao mesmo tempo o fim em si. Pois aquele que eu quero utilizar para os meus intuitos por meio de uma tal promessa não pode de modo algum concordar com a minha maneira de proceder a seu respeito, não pode portanto conter em si mesmo o fim desta acção. Mais

Para Kant, "no reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**".[120] Assim, quando uma coisa possui um preço, pode ocorrer a sua substituição por um equivalente. Por outro lado, "quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem dignidade."[121]

Já a moralidade é a única condição que torna um ser racional em um fim em si mesmo, "pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins."[122] Prossegue o filósofo alemão afirmando:

> Portanto, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade. (...) Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.[123]

A doutrina proposta por Kant certamente não é imune a críticas,[124] nem mesmo foi o ponto final dos estudos sobre o que seja a dignidade da pessoa humana. Porém, a doutrina jurídica mais expressiva (tanto nacional como estrangeira) a respeito do tema parece dela extrair as bases para a fundamentação e definição da dignidade da pessoa humana.[125] Além disso, conforme muito bem percebido por Fábio Konder Comparato, "a criação do universo concentracionário, no século XX, veio demonstrar tragicamente a justeza da visão ética kantiana",[126] pois quando colocado frente a Estados autoritários ou totalitários o ser humano foi

---

claramente ainda dá na vista esta colisão com o princípio da humanidade em outros homens quando tomamos para exemplos ataques à liberdade ou à propriedade alheias. Porque então é evidente que o violador dos direitos dos homens tenciona servir-se das pessoas dos outros simplesmente como meios, sem considerar que eles, como seres racionais, devem ser sempre tratados ao mesmo tempo como fins, isto é unicamente como seres que devem poder conter também em si o fim desta mesma acção." (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 70-71).

[120] *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 77.

[121] *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 77.

[122] *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 77.

[123] *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 77-78.

[124] Ingo W. Sarlet, por exemplo, relaciona como possível crítica à doutrina Kantiana, que coloca o homem em patamar mais elevado que os demais seres, o seu excessivo antropocentrismo (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 41-42).

[125] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 41.

[126] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 22.

despersonificado e transformado em mero objeto.[127] Por fim, parece, ao menos para nós, que a concepção elaborada por Kant, mais do que nunca, apresenta-se como elemento central da discussão ética e jurídica relacionada com temas atuais, como as pesquisas envolvendo células-tronco embrionárias, clonagem humana, nanotecnologia ligada a tratamentos de doenças e do aborto, além do impacto cada vez maior das novas tecnologias sobre os indivíduos, o que demonstra a importância e a atualidade da sua doutrina.

Estabelecidos os contornos básicos a respeito do significado da dignidade da pessoa humana e antes de adentrarmos no estudo de sua inserção na ordem jurídico-constitucional pátria, é necessário (por uma questão de antecedência lógica) esclarecer nossa posição sobre o modo de funcionamento dos princípios, que, desde já ressaltamos, diferencia-se do modo de aplicação das regras.

A doutrina do direito, a partir do último terço do século XX, não mais aceitava que os princípios careciam de normatividade, não se extraindo deles, por isso, qualquer eficácia jurídica.

Assim, resta superada a doutrina de H. A. Hart,[128] para quem o direito seria composto por um conjunto de regras (primárias e secundárias), sendo ideia de tal noção a completude do sistema. Foi Ronald Dworkin,[129] sucessor de Hart na *cátedra* de *Jurisprudence* na Universidade de Oxford, quem demonstrou a diferença de caráter lógico entre princípios e regras, sendo o direito, então, composto por essas duas espécies de normas. Afirma o doutrinador norte-americano que as regras são aplicadas na forma do tudo ou nada, enquanto que os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Dessa forma, quando há uma colisão entre princípios, é necessário ter em consideração o peso relativo de cada um.

Posteriormente, Robert Alexy[130] veio a sustentar que os princípios são mandados de otimização (normas que determinam algo que deverá ser realizado na maior medida possível, dependendo a sua consecução das condições fáticas e jurídicas existentes). Assim, os princípios não possuem mandados definitivos, como

---

[127] Fábio Konder Comparato apresenta como exemplo de despersonificação o realizado no *Gulag* soviético e no *Lager* alemão (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 22).
[128] HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
[129] DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999.
[130] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, 98-111.

as regras, mas apenas *prima facie*, bem como que inexistiriam princípios absolutos (que no caso de colisão com outros princípios sempre suplantaria os demais), porquanto, se fosse possível a existência de princípios com esse patamar de preponderância sobre os demais, teria de ser modificado o próprio conceito de princípio. A conclusão, para ele, é de que nem mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto, muito embora em grande número de casos ele deva prevalecer sobre os demais. Esse é o posicionamento a que aderimos e que será aplicado ao restante do trabalho.

Por sua vez, em nosso país, a dignidade da pessoa humana encontra-se inserida entre os princípios fundamentais, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, juntamente com a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. Também no restante do corpo da Constituição ela é referida, como vemos no art. 170, *caput*, que estabelece como finalidade da ordem econômica assegurar a todos uma existência digna, no art. 226, § 6º, que estabelece o planejamento familiar fundado nos princípio da dignidade da pessoa humana[131] e da paternidade responsável, no art. 227, *caput*, que assegura à criança, ao adolescente e ao jovem o direito (dentre tantos outros) à dignidade, e o art. 230, *caput*, que estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado de amparar as pessoas idosas, garantindo sua participação na comunidade, "defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida." Por essa breve descrição, vemos que efetivamente "é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal."[132]

Quanto ao seu conteúdo, é difícil precisá-lo, pois se caracteriza como qualidade inerente a todo ser humano.[133] De todo modo, é necessário tentar, minimamente, delineá-lo. Para tanto, e dentro dos estreitos limites deste trabalho, adotamos o entendimento de Ernest-Wolfgang Böckenförde, que descreve o conteúdo da dignidade da pessoa humana com base na fórmula kantiana, "fim em

---

[131] É de se observar que neste § 6ª, e em nenhum outro ponto do seu texto, a Constituição designa expressamente a dignidade da pessoa humana como um princípio.
[132] SARLET, Ingo Wolfgang, In: ______; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 257.
[133] Cf. Ingo W. Sarlet, baseado na lição de Michael Sachs (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 83.

si mesmo", ou na interpretação que lhe deu o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, "existir em razão da própria vontade".[134] Ainda, para o doutrinador alemão:

> Este núcleo da dignidade abrange a posição e o reconhecimento do homem como sujeito individualizado; a liberdade de autodeterminação e desenvolvimento; a proibição de instrumentalização do homem, como se fosse uma coisa meramente disponível e desfrutável, e formulado de forma positiva, o direito de ter direitos, que devem ser considerados e protegidos.[135]

Já Ingo W. Sarlet, após discorrer longamente a respeito da dignidade da pessoa na perspectiva jurídico-constitucional,[136] conceitua a dignidade da pessoa humana[137] como sendo:

> (...) *a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida*.[138]

Relativamente ao *status* jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana na nossa Constituição, eles são múltiplos.

Possui a dúplice função de princípio e regra, sendo de se ressaltar a diferença entre texto e norma[139] e que é possível extrairmos mais de uma norma de um mesmo

---

[134] BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Dignidade humana como princípio normativo: os direitos fundamentais no debate bioético. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008, p. 59-75, especialmente p. 66.

[135] BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Dignidade humana como princípio normativo: os direitos fundamentais no debate bioético, p. 66.

[136] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p 48-71.

[137] É de se referir que o conceito formulado por Ingo W. Sarlet não vai de encontro ao que Ernest-Wolfgang Böckenförde estabelece como sendo o conteúdo da dignidade da pessoa humana, possuindo (apenas) uma maior abrangência.

[138] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p 70-71.

[139] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo:

texto. Assim, muito embora não seja o argumento de maior força, é um princípio (ou seja, um mandado de otimização) por estar a dignidade da pessoa humana entre os princípios fundamentais do nosso Estado Democrático de Direito, em razão do que deve *conviver* harmonicamente com os demais, devendo ser aplicado, portanto, na maior medida possível. Ainda, é nítido que a implementação da dignidade da pessoa humana pode se dar em diversos graus, além de que, em ocorrendo uma colisão entre a dignidade da pessoa humana de titulares diversos,[140] a supressão de um em detrimento do outro deverá ocorrer na menor medida possível, por meio de um processo de ponderação, o que só pode ocorrer com as normas que se caracterizam como princípios. Entretanto, é de se ressaltar que há posicionamentos, como o de Fernando Ferreira dos Santos,[141] no sentido de ser a dignidade da pessoa humana um princípio absoluto, com o que discordamos em face do entendimento de Robert Alexy a respeito dessa espécie de norma, ao qual aderimos e que foi anteriormente exposto.[142] Por sua vez, como regra tem-se (1) a imposição ao Estado de proteção da dignidade de todos os indivíduos, como a proibição da tortura, mesmo se não existisse previsão constitucional expressa vedando tal conduta,[143] já que não é possível realizar essa proteção de forma gradual, mas apenas total, (2) a regra decorrente do próprio processo de ponderação envolvendo a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, na formulação criada por Robert Alexy,[144] e (3) a impossibilidade de redução de bens e condições materiais aquém do *mínimo existencial*, visto que ele “representa um piso abaixo do qual não há dignidade”,[145] do que concluímos não ser possível ultrapassar este ponto (há vedação total, característica das regras).

Malheiros, 2002, p. 71.

[140] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p 86.

[141] SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 94-96.

[142] Luís Roberto Barroso (*A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 66), Daniel Sarmento (*Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 94-99) e Ingo W. Sarlet (*Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 85-86), entre outros, igualmente entendem que a dignidade da pessoa humana não é um princípio ou um valor absolutos.

[143] SARLET, Ingo Wolfgang, In: ______; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 258.

[144] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 98.

[145] GOTTI, Alessandra. *Direitos Sociais*: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados, p. 62.

Embora a característica analítica de nossa Constituição[146] (trazendo um extenso rol de previsões – direitos e deveres – em seu corpo), temos que assinalar que o princípio da dignidade da pessoa humana, além de ser o fundamento de um grande número de direitos fundamentais (mas não de todos), tanto os de liberdade quanto os sociais, também é uma fonte de outros direitos fundamentais autônomos.[147]

No tocante às funções do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, ele, simultaneamente, confere uma unidade axiológica à Constituição, além de ser limite (negativa) e tarefa (positiva) do Estado e da sociedade em geral.[148]

Como elemento que confere unidade axiológica à Carta Política, "a dignidade da pessoa humana assume a condição de valor superior (e fundamental)" no ordenamento jurídico pátrio, sendo o "princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa",[149] em razão do que "há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício",[150] conferindo "unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional".[151] Em complemento a tais afirmações, é de se ver que os princípios constitucionais não podem ser vistos como compartimentos estanques, que de nenhuma forma se comunicam. Pelo contrário, o que ocorre é que sobre uma determinada situação fática há um influxo (em maior ou menor grau) de uma série de princípios, sendo que dentre eles não se exclui o da dignidade da pessoa humana. Veja-se que também Luís Roberto Barroso segue na mesma direção do que foi exposto até aqui, pois sustenta que os princípios possuem a característica de irradiação pelo próprio sistema normativo, "repercutindo sobre outras normas constitucionais e daí se

---

[146] SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 65.

[147] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 81. No mesmo sentido, BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial, p. 66.

[148] SARLET, Ingo Wolfgang, In: ______; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 260.

[149] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p 83.

[150] BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 146.

[151] SARLET, Ingo Wolfgang, In: ______; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 260.

difundindo para os escalões normativos infraconstitucionais."[152]

É oportuno, neste momento, salientarmos que para a obtenção do real conteúdo da norma é necessário realizarmos uma interpretação sistemática. [153] A razão disso, segundo Juarez Freitas, é a interconexão entre todos os princípios, regras e valores[154] de todo o direito, onde cada preceito compõe um todo e por isso deve ser visto a partir da totalidade (e não de forma isolada), em razão do que uma exegese, direta ou indiretamente, realiza a aplicação de todas as normas integrantes do sistema, findando o autor por concluir que a interpretação jurídica válida é a interpretação sistemática.[155] É de se referir, ainda, que a utilização da interpretação sistemática, por evidente (pelo menos para nós), não elimina ou impede a utilização da ponderação, por meio da utilização da proporcionalidade, nas colisões entre direitos fundamentais, [156] pelo contrário, complementa-o com sua integração ao processo exegético a ser realizado.

Certamente que todas as referências que fizemos à função interpretativa dos princípios constitucionais são aplicáveis ao da dignidade da pessoa humana, diante do que podemos ressaltar a importância da sua função interpretativa, até porque em face do extremo detalhamento dos direitos fundamentais no corpo da nossa Constituição reduz-se muito a possibilidade de extração de outros direitos autônomos a partir do nominado princípio.

Na função de limite, é imposto ao Estado uma omissão de comportamentos violadores, física ou psiquicamente, da dignidade de cada pessoa. Já na função de tarefa, o Estado tem o dever de proteção contra atos violadores praticados por

---

[152] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 144.

[153] FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 73-76.

[154] É de se assinalar que, para Juarez Freitas, o sistema é composto por princípios, regras e valores. Por sua vez, a diferença entre os princípios e valores é de que os primeiros possuem uma forma mais concentrada de diretrizes, enquanto que nos valores é menor, além dos princípios serem "a encarnação dos valores e 'justificadores' do sistema," (FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, p. 60), com o que vemos que esse autor não adota integralmente a classificação das normas estabelecida por Robert Alexy.

[155] FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, p. 73-76.

[156] Saliente-se que Juarez Freitas também defende a utilização da proporcionalidade para solucionar os embates envolvendo direitos fundamentais, conforme podemos ver do seguinte excerto: "(...) o princípio da proporcionalidade aparece, sobremodo, no embate dos direitos fundamentais. Em nenhuma hipótese um direito fundamental pode suprimir inteiramente o outro, na colisão. Apenas *pode e deve preponderar, conforme as matrizes fáticas*. A razão de fundo está em que *os princípios jamais se eliminam*, diferentemente do que sucede com regras antinômicas; e, ainda assim, em última instância, por preponderância principiológica, ao menos para o observador atento." (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 51-52).

terceiros, agentes estatais ou particulares, cabendo aos seus órgãos, em especial ao poder legislativo, a missão de concretizar o programa normativo do princípio em questão, estando aí incluídas as medidas procedimentais e organizacionais visando evitar, cessar ou reparar a lesão à dignidade.[157]

E não podemos deixar de registrar, como apanhado por Ingo W. Sarlet, que as funções de limite e tarefa do princípio da dignidade da pessoa humana guardam relação com as suas dimensões objetivas e subjetivas, resultando num complexo de deveres de proteção a cargo do Estado, que inclui medidas de caráter organizacional ou procedimental (conforme já referido no parágrafo anterior), alem de reconhecer e garantir um conjunto de direitos fundamentais de cunho defensivo e prestacional.[158] Por fim, é de se assinalar que a abordagem superficial a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, assim como será realizado a seguir no tocante ao mínimo existencial, foi feita considerando apenas os pontos necessários para a perfeita compreensão da segunda parte deste estudo.

Assim, passamos, agora, a analisar o denominado mínimo existencial e sua relação como a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais sociais.

Na atualidade, muito se tem discutido a respeito do mínimo existencial, tanto em países ditos desenvolvidos quanto nos em desenvolvimento, já que um mínimo de condições materiais é necessário para a sobrevivência do ser humano. E a importância do mínimo existencial pode ser percebida a partir do momento em que tal conceito é estudado tanto no âmbito teórico-filosófico quanto no jurídico.

No âmbito teórico-filosófico, podemos citar John Rawls, que em duas de suas obras[159] tratou de um mínimo de bens materiais,[160] como pressuposto lógico de sua construção teórica. Para ele, a garantia de um conjunto mínimo de bens materiais para cada indivíduo é condição para que o procedimento,[161] resultado da decisão

---

[157] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 89-93.
[158] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 93.
[159] RAWLS. John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997; RAWLS, John. *O liberalismo* político. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.
[160] Adotado em sentido idêntico ao do mínimo existencial.
[161] O procedimento de justiça processual pura, conforme bem sintetizado por Ana Paula de Barcellos, "é composto por dois princípios assim enunciados: *(i)* cada pessoa deve ter o direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras; e *(ii)* as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de forma que, simultaneamente, *a)* proporcionem a maior expectativa de benefício aos menos favorecidos e *b)* estejam ligadas a funções e a posições abertas a todos em posição de igualdade eqüitativa de oportunidades." (BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e Algumas Fundamentações:

tomada no estado original, seja equitativo. Na ausência desse pressuposto, inexiste a equidade no processo e, portanto, cai por terra toda a lógica procedimental.

Michael Walzer também procura descrever uma sociedade justa, que ele entende ser aquela em que os bens sociais não podem servir como instrumento de dominação. É de se salientar que em seu estudo ele não desenvolve expressamente uma ideia de mínimo existencial. Porém, analisa algumas prestações vinculadas ao mínimo existencial, como, por exemplo, a necessidade como critério para a assistência social. Ademais, ele fala de uma moralidade mínima, que identifica como um conjunto de direitos básicos do indivíduo.[162]

Já para Robert Alexy, que trata do tema sob o aspecto jurídico, a garantia do mínimo existencial é o resultado de um processo de ponderação, em razão do que em sendo diferentes as circunstâncias a solução será diversa, não havendo como estabelecer, *a priori*, o seu conteúdo.[163]

No direito pátrio, o pioneiro no estudo do mínimo existencial (no campo jurídico) é Ricardo Lobo Torres,[164] que publicou artigo sobre o tema no ano de 1989,[165] em que desenvolve uma concepção análoga a de Rawls (em seu *Liberalismo Político*). Para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial, por ausência de dicção constitucional própria, deve ser procurado na ideia de liberdade.[166] Além disso, ele distingue o mínimo existencial, considerado como o mínimo material necessário para a subsistência do ser humano, dos direitos econômicos e sociais, já que é um direito pré-constitucional (decorrente do direito básico de liberdade), se constitui em um direito subjetivo, tem validade *erga omnes*, não se esgota no elenco dos

---

John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: *Legitimação dos direitos humanos*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11-49, especialmente p. 27).

[162] WALZER, Michael. *Esferas da justiça:* uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003, passim.

[163] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 494 et seq.

[164] Daniel Sarmento (*Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia, p. 191) refere que provavelmente a primeira formulação jurídica do direito ao mínimo existencial deva-se a Pontes de Miranda, que, em 1933, sustentou a existência de um "direito subjetivo à subsistência". Muito embora o resultado a que chegou Pontes de Miranda, no sentido de que tal direito correspondia ao fornecimento de alimentação, vestuário e habitação, o que se assemelha ao conteúdo do mínimo existencial ou, pelo menos, a uma parcela dele, nos parece, até em razão da Constituição que se encontrava em vigor, que o direito subjetivo à subsistência não possuía os contornos jurídicos e a mesma fundamentação que embasa o mínimo existencial (princípio da dignidade da pessoa humana), diante do que continuamos a sustentar o pioneirismo de Ricardo Lobo Torres relativamente ao assunto em questão.

[165] TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 177, p. 29-49, jul./set., 1989.

[166] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário* – os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 175-176.

direitos fundamentais do art. 5ª da Constituição Federal, além de ser dotado de historicidade.[167] Os direitos econômicos e sociais, por outro lado, subordinam-se à ideia de justiça social (e não na de liberdade), dependendo para o seu estabelecimento da concessão do legislador, não possuindo *status negativus* e não gerando (isoladamente) pretensão a prestações positivas do Estado.[168]

Em um viés diferente, Ana Paula de Barcellos afirma que o mínimo existencial, em suma, "formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana a qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica"[169], sendo que para além desse núcleo existem outras formas de eficácia jurídica, as quais decorrem da necessidade de preservação do "espaço próprio da política e das deliberações majoritárias."[170] E como proposta de concretização, essa autora sustenta que o mínimo existencial é composto pela educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados (elementos materiais) e pelo acesso à justiça (elemento instrumental).[171]

Eurico Bitencourt Neto, por outro lado, sustenta que o mínimo existencial objetiva "à defesa, proteção ou viabilização de recursos materiais necessários à existência", bem como auxilia "na viabilização da vertente imaterial da existência digna", sendo o acesso ao ensino o exemplo dessa última afirmação.[172] Quanto ao seu conteúdo, não o estabelece de forma fixa, pois ele será identificado de acordo com as necessidades de cada indivíduo, de maneira que seja mantido o respeito à dignidade da pessoa, o que deve levar em conta que as condições necessárias para uma existência digna variam no tempo e no espaço e dependem da situação econômica social e cultural de cada sociedade.[173]

De forma mais genérica, Paulo Gilberto Cogo Leivas define o mínimo existencial "como o direito de satisfação das necessidades básicas", sendo que no

---

[167] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário* – os direitos humanos e a tributação, p. 181.
[168] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário* – os direitos humanos e a tributação, p. 184.
[169] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248.
[170] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 248.
[171] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 258.
[172] BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 119.
[173] BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*, p. 119-120.

tocante ao seu conteúdo afirma que deverá ser obtido a partir de uma dogmática específica dos direitos fundamentais à saúde, à educação e à habitação, entre outros, afirmando, por fim, que o direito a ser garantido com a maior urgência no Brasil seria o da alimentação.[174]

Por sua vez, Ingo W. Sarlet, que possui um entendimento mais amplo a respeito do conteúdo do mínimo existencial, assevera que os direitos sociais de caráter prestacional servem para a implementação da igualdade e da liberdade material, sendo seu objetivo final a proteção do indivíduo contra a impossibilidade de suprir as necessidades de ordem material e, especialmente, a busca de uma existência com dignidade, o que tem servido como justificativa para um direito fundamental a um mínimo existencial. Além disso, relaciona o mínimo existencial no campo dos direitos sociais com os conceitos de dignidade da pessoa humana e de justiça social, de modo que, se a dignidade, de um lado, serve como fundamento e justificação para as exigências que envolvam a justiça social, "por outro se percebe que apenas mediante uma ordem institucional guiada por princípios de justiça social o respeito e a proteção à dignidade da pessoa humana poderão alcançar realização prática." [175] E acrescenta que o mínimo existencial não pode ser confundido com o mínimo vital (conjunto de prestações necessárias para assegurar a existência humana),[176] indo além, pois objetiva que a pessoa tenha "uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável".[177] Ainda, afirma não ser possível estabelecer aprioristicamente e de forma taxativa os elementos nucleares do mínimo existencial, até porque a própria dignidade da pessoa humana não é passível de ser quantificada, sendo que o valor de uma prestação necessária para assegurar as condições mínimas é dependente da situação socioeconômica e das condições espacial e temporal, bem como das expectativas e necessidades dos próprios indivíduos.[178] Por último, é de relevo salientar que Ingo W. Sarlet, juntamente com

---

[174] LEIVAS. Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 135-136.
[175] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 136-138.
[176] É oportuno referir que a jurisprudência vem entendo no mesmo sentido, em razão do que agregou ao conteúdo do mínimo existencial as condições socioculturais, as quais possibilitam a inserção do indivíduo na vida social (Superior Tribunal da Justiça, REsp 1.185.474, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 20-04-2010).
[177] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 137.
[178] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 61, p. 90-125, jan./mar., 2007.

Tiago Fensterseifer, sustentam que, como o processo histórico resultou na inserção da proteção ao meio ambiente no rol dos direitos fundamentais, deve ser acrescido ao catálogo (conteúdo) do mínimo existencial a dimensão ambiental, "no sentido da consagração de um *mínimo existencial ecológico*, que, (...) assume as feições de um *mínimo existencial socioambiental*."[179]

Também Daniel Sarmento segue na linha de que o mínimo existencial não se resume na garantia das necessidades humanas básicas, sem o que a própria vida deixaria de existir, bem como sustenta a universalização do mínimo existencial, "no sentido de que suas prestações devem ser extensíveis a todos os que se encontrarem na mesma situação – aí considerados tanto os aspectos objetivos como também os subjetivos", o qual é corolário "do caráter igualitário do princípio da dignidade da pessoa humana". [180] Igualmente aduz que não se pode confundir o mínimo existencial com o núcleo essencial dos direitos fundamentais. No tocante ao conteúdo do mínimo existencial, tece críticas quanto à escassez do catálogo formulado por Ana Paula de Barcellos, não vendo possibilidade de definir um elenco fechado de prestações ou direitos que o integrem, preferindo a preservação da "abertura inerente à categoria", até mesmo para que seja possível a extensão a novas necessidades básicas surgidas a partir da evolução da sociedade "no plano material ou cultural-valorativo."[181] Importante salientar que esse autor sustenta, para além do aspecto social, que o mínimo existencial possui um "componente ecológico,[182] que envolve a garantia de condições ambientais sem as quais não há vida digna",[183] sendo certo que a deterioração do meio ambiente impacta negativamente na qualidade de vida das pessoas, tanto da geração atual quanto das futuras, ressaltando que tais impactos negativos tendem a se concentrar nas camadas mais carentes da sociedade. Em decorrência disso, a proteção ao mínimo existencial ecológico, segundo esse doutrinador, deve se preocupar com os danos atuais e com os que se estendam para o futuro,[184] assertiva com a qual, desde já, concordamos.

---

[179] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.
[180] SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia, p. 216.
[181] SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia, p. 218-219.
[182] O componente ecológico do mínimo existencial já foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.366.331, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 16-12-2014).
[183] SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia, p. 221.
[184] SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia, p. 221-

Do mesmo modo entende Karine da Silva Cordeiro, para quem não é possível reduzir o nível de abstração a ponto de alcançar uma zona com contornos precisos do que seja, de forma concreta, o conteúdo do mínimo existencial, que será revelado apenas caso a caso, acrescentando que tal flexibilidade é benéfica, pois permite que *standards* sejam construídos, atingidos e até ultrapassados. Reconhece, contudo, que o estabelecimento de alguns conteúdos mínimos resguarda a dignidade da pessoa humana nos casos de inércia, abuso ou déficit na capacidade prestacional do poder público.[185]

Para J. J. Gomes Canotilho, o conteúdo essencial do mínimo existencial é composto pelo rendimento mínimo garantido, as prestações de assistência social básica e o subsídio de desemprego,[186] enquanto que para Andreas J. Krell integram o seu conteúdo o atendimento básico e eficiente da saúde, o acesso à alimentação básica e vestimentas, a educação de primeiro grau (atualmente, ensino fundamental) e a garantia de uma moradia.[187]

Convém ressaltar, nesta quadra da exposição, que o mínimo existencial não se confunde integralmente com todos os direitos sociais,[188] embora exista estreita relação com eles. Veja-se que o mínimo existencial é apenas uma parcela (um *minus*) dos direitos sociais necessários para uma existência com dignidade, ou seja, ultrapassa as condições necessárias para a mera sobrevivência, atingindo o patamar necessário para o estabelecimento da dignidade da pessoa humana.[189] E essa existência com dignidade significa "dar as condições para que o ser humano não

---

222.

[185] CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais*: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 139.

[186] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 518.

[187] KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 63.

[188] Carlos Bernal Pulido, quando da análise da teoria das posições jurídicas definitivas, afirma que "os direitos sociais da Constituição se concretizam em alguns deveres de abstenção, no direito contra a extrema inatividade legislativa, nos direitos à igual participação nos direitos sociais derivados, no direito à satisfação de um mínimo existencial e no direito ao não retrocesso social" (BERNAL PULIDO, Carlos. *O direito dos direitos*: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 296). Saliente-se que a análise feita por esse doutrinador foi puramente teórica (ou seja, não teve por base nenhuma ordem jurídico-constitucional específica), pois objetiva refutar a tese do jusfilosofo chileno Fernando Atria, exposta no ensaio denominado "Existem direitos sociais?" (In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 9-46), sobre o entendimento político, e não jurídico, dos direitos sociais.

[189] Ingo W. Sarlet assevera que "a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana." (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado, p. 90-125).

perca tal capacidade de autodeterminação e de ser sujeito, não sendo comparado a simples objeto de ação por parte do Estado ou de terceiros".[190] Também devemos destacar que nem todos os direitos fundamentais (inclusive os sociais prestacionais) possuem fundamento na dignidade da pessoa humana, pois a inserção de tais direitos na Constituição se constitui em uma opção do constituinte originário, fundada em outros valores ou demandas específicas da sociedade.[191]

Por sua vez, não há confundir o mínimo existencial com o núcleo essencial (ou conteúdo essencial) dos direitos fundamentais. O núcleo essencial pode ser definido como sendo a parcela sem a qual o direito fundamental deixa de produzir uma eficácia mínima, deixando mesmo de ser reconhecível como um direito fundamental,[192] sendo em razão disso um limite para a atuação do legislador ordinário.[193] Logo, evidencia-se que os direitos sociais prestacionais que compõem o mínimo existencial possuem um núcleo essencial,[194] muito embora nem todos direitos sociais (e seus correspondentes os núcleos essenciais) componham o mínimo existencial.[195]

Apesar da aceitação doutrinária da garantia do núcleo essencial, não há uniformidade de entendimento quanto ao seu "efetivo significado constitucional",[196] existindo duas teorias principais a respeito, a absoluta e a relativa, sendo de se

---

[190] BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 118.

[191] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 100.

[192] ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 236, p. 369-384, abr./jun., 2004.

[193] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 215. No mesmo sentido é a posição de Virgílio Afonso da Silva, para quem "a declaração de conteúdo essencial destina-se, sim, ao legislador ordinário, pois é esse que, em sua tarefa de concretizador dos direitos fundamentais, deve atentar àquilo que a Constituição chama de 'conteúdo essencial'." (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 24).

[194] Em realidade, o núcleo essencial está presente em todos os direitos fundamentais.

[195] Karine da Silva Cordeiro afirma que "na expressiva maioria dos casos, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sobretudo os prestacionais, integrará o conteúdo do mínimo existencial, já que este é composto justamente daquelas prestações materiais destinadas a garantir as condições indispensáveis para uma vida digna (ou para a sobrevivência, segundo alguns), congregando, assim, as frações tidas por essenciais de alguns daqueles direitos." (CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais*: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário, p. 111). Não obstante concordarmos, em linhas gerais, com essa assertiva, parece-nos necessário esclarecer que em face da amplitude do seu catálogo, apenas um pequeno percentual dos direitos sociais previstos em nossa Constituição integrará o conteúdo do mínimo existencial.

[196] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 368.

ressaltar que ambas objetivam a proteção dos direitos fundamentais contra uma ação desarrazoada por parte do legislador.[197] A primeira teoria sustenta que o núcleo essencial dos direitos fundamentais é uma área intangível e abstratamente identificável, que para ser identificado não depende da ponderação.[198] Já a segunda, teoria relativa, propõe que o núcleo essencial "corresponde à exigência de justificação das limitações aos direitos fundamentais, a qual resta atendida mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade", não podendo ser identificado de forma abstrata e *a priori*.[199] Embora as duas teorias sejam alvo de críticas,[200] o que não será objeto de análise por extrapolar o objetivo a que nos propomos, certo é que mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, que não prevê, expressamente, a proteção do núcleo essencial no corpo Constituição, ele é aceito pela doutrina e jurisprudência pátria, [201] bem como que qualquer alteração legislativa deve ter em conta a necessidade de preservação do núcleo essencial do direito fundamental objeto de modificação.

Feitos os esclarecimentos que entendemos necessários quanto ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, e retornando à questão do mínimo existencial, é necessário reconhecermos a dificuldade de se estabelecer, de forma precisa, o seu conteúdo, não havendo na doutrina um consenso a tal respeito, conforme vimos anteriormente, até porque para alguns não é possível ou recomendável realizar essa catalogação em virtude da constante transformação econômica e social, com o que devemos, novamente, concordar com Ingo W. Sarlet, para quem as condições necessárias para uma vida digna variam "de acordo com cada sociedade e em cada

---

[197] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 44.

[198] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios, p. 372-373.

[199] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios, p. 371-372.

[200] Para uma análise mais aprofundada das teorias absoluta e relativa, além das críticas que lhe são opostas, vide PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios, p. 371-376.

[201] A proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, presente em alguns ordenamentos jurídicos (Lei Fundamental de Bonn, art. 19, II; Constituição de Portugal, art. 18, nº 3; Constituição da Espanha, art. 53, nº 1), não consta da Constituição brasileira. Apesar disso, sua aplicação é aceita em nosso país, porquanto "decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte" (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 215).

época, o que harmoniza com a já destacada dimensão histórico-cultural da própria dignidade da pessoa humana e, portanto, dos direitos fundamentais (inclusive sociais) que lhe são inerentes."[202] Ainda, vemos que, embora respeitáveis posições em contrário, o mínimo existencial decorre da necessidade de preservação ou implementação da dignidade da pessoa humana. E quanto à dignidade da pessoa humana, temos que é um princípio que, para além de atuar nas funções de limite e tarefa ou de ser produtor de direitos fundamentais autônomos, possui uma forte e importante função hermenêutica no nosso ordenamento constitucional, devendo ser tido como um princípio-guia a ser levado em conta para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais ou entre normas constitucionais que assim não se caracterizem, porquanto, à vista do que foi exposto, o Estado deve ter como fim último a preservação e a elevação da dignidade de todos os indivíduos.

[202] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 143.

2. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL: FUNDAMENTOS E LIMITES

Como visto anteriormente, os direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais estão sujeitos à influência das crises econômicas ou aos efeitos da dinâmica da rápida transferência de capitais entre nações, característica da globalização,[1] o que tem resultado na pressão para que sejam, mediante modificação legislativa, reduzidas as prestações estatais (decorrentes de direitos fundamentais sociais), tudo isso para um equilíbrio das finanças do Estado ou para possibilitar à iniciativa privada a redução de seus custos, por meio da diminuição dos tributos incidentes sobre o faturamento, o lucro ou a folha salarial da empresa,[2] sob a justificativa de que resultaria na criação de mais empregos e na reativação da economia. Ainda, não há como negar a existência de uma pressão dos atores econômicos visando à alteração das leis vigentes, para que ocorra a redução de seus custos e a maximização dos resultados, mesmo que às expensas de direitos dos indivíduos ou da coletividade, como no caso do meio ambiente equilibrado. Por sua vez, outros setores da sociedade igualmente exercem pressão objetivando a mudança de leis sobre os quais possuam um interesse específico, que não envolvam direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, como, *v. g.*, as organizações religiosas e seu posicionamento contrário ao aborto ou à pesquisa com células-

---

[1] José Eduardo Faria, de uma forma esquemática, afirma que "quanto mais o Estado perde capacidade de coordenação econômica e autonomia política na formulação de novas estratégias de regulação, uma vez que elas passam a ser negociadas, definidas e ordenadas no âmbito de entidades internacionais e de organismos multilaterais, mais ele tem pela frente a responsabilidade de lidar com as consequências *locais* da crise. E quanto maior é a chamada "crise social", menor é a capacidade do Estado nacional de dispor de mais fontes de investimento e de novas linhas de financiamento para atender às demandas dos segmentos sociais vulneráveis e pobres; menos possibilidade tem ele de formular estratégias compensatórias nos moldes das que foram postas em prática no período dos governos de inspiração social-democrata do pós-guerra, das resistências dos agentes econômicos à utilização de transferências fiscais e às crescentes restrições à capacidade de endividamento do setor público. Evidentemente, os governos nacionais não desconhecem expectativas e frustrações sociais. Carecem, no entanto, de condições políticas, instrumentos administrativos, ferramentas tributárias e recursos orçamentários suficientes para atendê-las, o que deixa os gestores municipais condenados a uma gestão paroquial, enquanto se multiplica o número de cidadãos vulneráveis e excluídos e suas respectivas demandas, em matéria de direitos sociais e serviços básicos. (FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 59).

[2] Não podemos deixar de referenciar que outro modo de fomentar a atividade econômica privada é o fornecimento de empréstimos com juros subsidiados ou, ainda, a concessão de isenções a determinados setores econômicos, o que resulta em uma diminuição de recursos públicos, os quais poderiam ser destinados a investimentos que beneficiariam à coletividade. É claro que tais incentivos, se bem direcionados, poderão resultar, mais adiante, em um maior desenvolvimento.

tronco embrionárias. Em todos esses casos a alteração da legislação pode caracterizar um retrocesso social.

No contexto das duas primeiras situações apresentadas no parágrafo anterior e diante de países que juridicamente (por meio de disposições constitucionais ou pela adesão a tratados internacionais) e materialmente se constituem, pelo menos de forma mínima, [3] em Estados Sociais de Direito, como no caso brasileiro e de diversos países latino-americanos, [4] é que tem se apresentado o princípio da proibição de retrocesso[5] social como um instituto jurídico-constitucional.

Devemos observar que, embora também possa envolver um retrocesso, em especial quando se trate de prestações resultantes de direitos fundamentais sociais, estão fora do escopo de nossa análise as situações abrangendo os direitos adquiridos,[6] nas duas acepções utilizadas por José Adércio Leite Sampaio, uma em sentido estrito, que o autor define como "o complexo de situações concretas e subjetivas, fundadas e esgotadas as hipóteses legais de aquisição", e outra em

---

[3] Tendo em vista uma dimensão global, essa questão foi bem percebida por José Martínez de Pisón. Para o autor espanhol (tradução livre): "Não pode falar-se de retrocesso dos direitos sociais onde nunca existiu, isto é, na maior parte do planeta. Com efeito, não há nada mais inexato que falar de retrocesso dos direitos sociais no mundo atual, pois a hipótese de retrocesso conduz à ideia de que, antes, tenha havido um certo avanço ou progresso. Um olhar sobre a situação atual dos direitos sociais mostra, contudo, a enorme diversidade e complexidade de sua realidade: sociedades em que apenas estão gestando; sociedades onde, por mais imaginação que se tenha, não há forma de prever um futuro nítido; e outras onde eles têm alcançado uma certa implementação. Só nestas pode falar-se, em realidade, de retrocesso dos direitos sociais." (MARTÍNEZ PISÓN, José. *Políticas de bienestar*: un estudio sobre los derechos sociales. Madri:Tecnos: 1998, p. 203).

[4] SARLET, Ingo W. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-Americano. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 75, nº 3, p. 116-149, jul./set., 2009, especialmente p. 118-119.

[5] Muito embora o presente estudo seja direcionado aos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, como bem adverte Ingo W. Sarlet, "a noção de uma proibição de retrocesso, (...), é, em certo sentido, comum a todos os direitos fundamentais" (SARLET, Ingo W. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-Americano, p. 120). No mesmo sentido é a posição de Marcelene Carvalho da Silva Ramos, que sustenta a existência de uma "integração entre os direitos de liberdades e os direitos sociais, sendo que a interconectividade impacta sobre o princípio da proibição de retrocesso jusfundamental, na medida em que explicita a aplicação desse princípio a todos os direitos fundamentais, indistintamente, ainda que os direitos sociais, em face de seu custo financeiro, sofram incidência sopesada com a cláusula da reserva do financeiramente possível, que coloca a concretização dos direitos fundamentais sociais sob a reserva da questão orçamental" (RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental*, p. 32).

[6] Até mesmo porque, juntamente com o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, é direito fundamental com previsão expressa em nossa Constituição (art. 5º, XXVI), situação que não ocorre na Constituição de outros países, como, por exemplo, nas da Alemanha e de Portugal. Saliente-se, entretanto, que se reconhece o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada como uma proibição de retrocesso em sentido amplo (SARLET, Ingo W. La prohibición de retroceso en los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafio de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni um paso atrás*: la prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 329-359, especificamente p. 332-333).

sentido "largo", que afirma ser "aquelas posições de vantagem que decorrem de um julgado irrecorrível; bem como situações existentes e realizadas de acordo com a lei".[7]

Portanto, o nosso foco está direcionado para as situações futuras, que envolvam a obtenção de prestações ou a realização de ações estatais decorrentes de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, cujos requisitos não foram implementados, tais como os necessários para a obtenção da aposentadoria ou para a percepção de algum benefício de caráter assistencial, que não possam gerar um direito individual, visto se constituírem em direitos difusos, como no caso do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em que há legislação visando a sua proteção, ou que envolvam direitos outorgados pela legislação ao sujeito (trabalhador) da relação de trabalho.[8]

Por fim, é oportuno mencionar que as alterações constitucionais também podem resultar em um retrocesso, sendo tais casos resolvidos pela forma de proteção especial que a nossa Constituição confere às denominadas "cláusulas pétreas" (art. 60, § 4º). Advirta-se, porém, que essas situações extrapolam o escopo do nosso estudo, até porque demandaria, por si só, um trabalho individual para tanto. Logo, trataremos apenas do princípio da proibição de retrocesso social ligado às alterações da legislação infraconstitucional, bem como a realizada pelo Poder Executivo no exercício de suas funções, alem da sua utilização pelo Judiciário.

2.1 SEDE MATEIRAL NA CRFB/88 E SUA ARTICULAÇÃO COM O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

2.1.1 Contorno jurídico do princípio da proibição de retrocesso social e posições contrárias e favoráveis a sua aplicação

O princípio da proibição de retrocesso social, também denominado como princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais,[9] princípio da proibição

---

[7] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 84. Oportuno ressaltar a afirmação desse autor, segundo o qual "pode bem um direito adquirido estrito ser oriundo de um ato jurídico perfeito, como pode não ser. Como pode um ato jurídico e perfeito existir sem que tenha *ainda* gerado um direito adquirido." (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 84).

[8] Saliente-se que esse rol é meramente exemplificativo.

[9] QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais*: princípios

de retrocesso jusfundamental[10] ou de princípio da proibição de retrogradação,[11] dentre outras expressões utilizadas na língua portuguesa,[12] tem sido objeto de estudo pela doutrina e discussão ou aplicação por parte das Cortes Constitucionais de diversos países, como no caso da Alemanha,[13] Bélgica,[14] Espanha,[15] França,[16]

---

dogmáticos e prática júrisprudencial. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

[10] RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental*, aplicabilidade, passim.

[11] Denominação formulada por Carlos Alberto Molinaro, que diz respeito, especificamente, com o meio ambiente (MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental*: proibição de retrocesso, p. 57).

[12] Em outras línguas que não a portuguesa, Catarina Santos Botelho relaciona como equivalentes à *proibição do retrocesso social* as expressões "*Verbot des sozialen Rückschritts; standstill; effet cliquet;* ou *effet ainti-retour*", enquanto que para *teoria da irreversibilidade* ela indica as expressões "*principle of irreversibility of social conquests; Nichtumkehrbarkeitstheorie; non-rétrogression*" (BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise*, p. 435). Ainda, Michel Prier refere "*a expressão eternity clause* ou *entrenched clause*, em espanhol, *prohibición de regresividad o de retroceso*", tendo utilizado "a fórmula de 'princípio de não regressão', para demonstrar que se trata "de um verdadeiro princípio geral de direito ambiental" (PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA). *Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 11-54, especificamente p. 14. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559. Acesso em: 19-06-2017).

[13] SUÁREZ FRANCO, Ana Maria. Los limites constitucionales a las medidas regresivas de carácter social em Alemania: una aproximación al análisis doctrinal. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás*: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 361-386. Embora tenhamos optado por não nos aprofundar a respeito da não reversibilidade dos direitos sociais na Alemanha, é de se salientar que a doutrina tedesca e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal têm garantido tal proteção por meio da aplicação do direito fundamental de propriedade. Isso se dá a partir de um conceito funcionalista de propriedade, desenvolvido por Martin Wolf na época da República de Weimar, em que a garantia de propriedade estende-se para além dos direitos reais, abrangendo, da mesma forma, a conservação de direitos que possuam um conteúdo patrimonial (como no caso de uma aposentadoria ou pensão), "além de proteger a confiança depositada no conteúdo de seus direitos" (SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 459). Porém, nem todos os direitos subjetivos patrimoniais estão abrangidos por essa proteção, sendo necessária a conjugação de três requisitos: 1) que o titular do direito tenha contribuído financeiramente e de forma não irrisória para sua implementação; 2) que o direito envolvido tenha natureza patrimonial, com proveito privado para o seu titular; 3) que o direito patrimonial sirva para garantir a existência de seu titular. Nesse sentido, e para fins de aprofundamento do tema, vide SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental de propriedade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 17, p. 111-143, 1999.

[14] HAUMONT, Francis. Le droit constitutionnel belge a la protection d'un environnement sain etat de la jurisprudence. *Revue Juridique de l'Environnement*: La charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur. Numéro spécial, p. 41-52, 2005. Disponível em: http://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2005_hos_30_1_4356. Acesso em: 20-06-2017.

[15] PISARELLO, Gerardo. Derechos sociales y principio de no regresividad en España. . In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás*: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 307-327.

[16] MATHIEU, Bertrand. Débats. *Revue Juridique de l'Environnement*: La charte constitutionnelle de l'environnement em vigueur. Numéro spécial, 2005. p. 73. Disponível em: http://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2005_hos_30_1_4359. Acesso em: 22-06-2017. COHENDET, Marie-Anne. . La Charte et le Conseil constitutionnel : point de vue. *Revue Juridique de l'Environnement*: La charte constitutionnelle de l'environnement em vigueur. Numéro spécial, 2005. p. 107-130. Disponível em: http://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2005_hos_30_1_4365. Acesso em: 22-06-2017. Conseil constitutionnel: DC 83-185, de 20-

Portugal,[17] Argentina,[18] Colômbia,[19] México,[20] Perú,[21] Angola,[22] em face do que, desde logo, podemos constatar a importância e necessidade de seu exame.

Quanto a uma definição do que seja, que utilizaremos unicamente para darmos início à construção da nossa dogmática a respeito do tema, temos no direito brasileiro, entre tantas, a elaborada por Gilmar Ferreira Mendes, que define a proibição de retrocesso como sendo "o princípio segundo o qual não seria possível extinguir direitos sociais já implementados, evitando-se, portanto, um verdadeiro retrocesso ou limitação tamanha que atinja seu núcleo essencial".[23] Vê-se, porém, que tal conceito não nos parece completo, pois não considera a amplitude que o nosso ordenamento constitucional confere aos direitos fundamentais, em especial em face do contido nos §§ 2º e 3º[24] do art. 5º da Constituição, os quais estabelecem que os direitos e garantias expressos na Carta Política não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, bem como estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que

---

01-1984 (disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-83-165-dc-du-20-janvier-1984.8111.html. Acesso em: 22-06-2017), envolvendo direitos de liberdade, e DC 90-287, de 16-01-1991 (disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1991/90-287-dc/decision-n-90-287-dc-du-16-janvier-1991.8756.html. Acesso em: 22-06-2017), relativo a direitos sociais.

[17] Tribunal Constitucional de Portugal: acórdão nº 39/84 (disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html. Acesso em: 23-06-2017) e acórdão nº 509/02 (disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html. Acesso em: 23-06-2017).

[18] CAMPOS, Luis; KLETZEL, Gabriela. Progresividad y prohibición de regresividad en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en Argentina. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás*: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 173-191. GONZÁLES, Horacio. El desajorrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de regresividad em Argentina. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás*: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 193-253.

[19] ARANGO, Rodolfo. La prohibición de retroceso en Colombia. . In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás*: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 153-171.

[20] SILVA MEZA, Juan N.; SILVA GARCÍA, Fernando. Derechos fundamentales: bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional. México/DF: Editorial Porrúa, 2009, p. 36-42.

[21] MUJICA PETIT, Javier; OPIE, Joss. Reformas regresivas de la Constituición em Perú: un caso de regresividad no autorizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás*: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 255-306.

[22] MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da; HILÁRIO, Esteves Carlos. *Direito constitucional angolano*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014, 228-229.

[23] MENDES, Gilmar Ferreira. In: ______; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 644.

[24] Introduzido por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004.

forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Daí porque, convém apresentarmos a posição mais ampla formulada por Italo Roberto Fuhrmann, que define a proibição de retrocesso social como:

> um princípio jurídico decorrente do sistema jurídico nacional e do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos que invalida todo e qualquer ato estatal, praticado de forma comissiva, tanto do legislativo quanto do Executivo, que, mesmo não retroagindo no âmbito das posições jurídicas já consolidadas pelo instituto do direito adquirido, retroceda na densificação infraconstitucional dos direitos sociais assegurados ao nível da Constituição, seja no conteúdo da norma, seja na abrangência dos seus titulares, sem que haja, concomitantemente, previsão de política compensatória ou alternativa.[25]

No tocante à aceitação do princípio da proibição de retrocesso social e seu modo de aplicação, a doutrina diverge a respeito. Desde já, devemos referir que não há uma uniformidade a respeito de seu conteúdo, para aqueles que o aceitam, havendo igual divergência em relação aos que recusam a sua existência, razão porque descreveremos alguns dos posicionamentos que consideramos mais relevantes, a fim de possibilitar uma visão ampla das discussões envolvendo o tema da proibição de retrocesso social.

Para J. J. Gomes Canotilho, que possui atualmente uma posição mais mitigada a respeito,[26] assim formula o princípio da proibição de retrocesso social:

---

[25] FUHRMANN, Italo Roberto. O princípio da proibição do retrocesso social como categoria autónoma no direito constitucional brasileiro? Conceito, fundamentação e alcance normativo frente à atual dogmática dos direitos. *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, v. 1, p. 45-81, 2014, especificamente p. 49-50.

[26] Observe-se que o autor português já teve posição menos flexível no tocante ao princípio da proibição de retrocesso. Para tanto, vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. [Coimbra]: Coimbra Editora, 2001, p. 374-375 e 411-415. Ressalte-se que tal obra é sua tese de doutoramento, originalmente publicada em 1982, não tendo sido objeto de atualização. Entretanto, em sua segunda edição, ele inseriu um prefácio, no qual tece esclarecimentos a respeito da mudança de sua posição no tocante ao dirigismo da Constituição e a correlata vinculação do legislador (que também nos auxilia na compreensão da sua mudança de posicionamento em relação ao princípio da proibição de retrocesso social), decorrentes de modificações ocorridas na sociedade, economia, ordem jurídica da Europa e de Portugal, em especial as resultantes do Tratado da União Europeia, este último impondo aos países integrantes a adoção das medidas necessárias para efetivar às determinações estabelecidas nesse documento, tendo afirmado que: "Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de

> O núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efectivado através de medidas legislativas ("lei da segurança social", "lei do subsídio de desemprego", "lei do serviço de saúde") deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura a simples desse núcleo essencial.[27]

Ele sustenta que o princípio em questão nada pode fazer quanto às crises econômicas e às recessões, no que traduz como sendo uma reversibilidade fática, limitando-se apenas ao campo do limite da reversão dos direitos adquiridos, "em clara violação do *princípio da protecção de confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana", constituindo-se, de um lado, em limite jurídico à atuação do legislador e, de outro, em obrigação de um avanço de uma política em conformidade "com os direitos concretos" e as expectativas existentes na população. E em razão disso, no que diz respeito com as "leis sociais", a liberdade de conformação do legislador jamais será plena, estando sujeita aos princípios da igualdade, "da proibição de discriminações sociais e de políticas antisociais" sendo que as modificações que forem realizadas em tais leis necessitarão obedecer aos princípios do Estado de Direito vinculativos da atividade

---

abertura do direito constitucional ao *direito internacional* e aos *direitos supranacionais*. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição, erguendo-se à categoria de 'linha Maginot' contra invasões agressivas dos direitos fundamentais. Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a 'linha de caminho de ferro' neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das *políticas públicas* num Estado e numa sociedades que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais." (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. XXIX-XXX). Ainda, merece ser referido que em trabalho intitulado de "Metodologia 'fuzzy' e 'camaleões normativos' na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais", apresentado no ano de 1996 no Colóquio de Madrid sobre *Derechos Economicos, Sociales e Culturales*, o professor português já sustentava posição mais flexível no tocante ao princípio da proibição de retrocesso. Segundo ele: "Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. A dramática aceitação de 'menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário para todos', o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social. Mas mesmo aqui não há razão para os princípios do Estado de direito não valerem como direito a eventuais 'desrazoabilidades' legislativas." (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 111).

[27] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 340.

legiferante e do núcleo essencial dos direitos sociais. [28]

Também Jorge Miranda modificou seu posicionamento (exposto na 3ª edição do volume IV do Manual de Direito Constitucional), agora entendendo que o princípio do não retorno de concretização das normas que dispõem sobre direitos econômicos, sociais e culturais não possui autonomia, em razão de estar conexo com o princípio da tutela de confiança e, em especial, da reserva do possível, não o ligando mais com a proibição de retrocesso social. Para ele, a temática da proibição de retrocesso deve ser deslocada para o nível das normas legais que concretizem além do conteúdo essencial desses direitos fundamentais. Assim, uma vez implementado um desses direitos pela legislação infraconstitucional, não mais poderá o legislador pura e simplesmente aboli-lo, já que formam, junto com a norma constitucional que está regulando, "uma unidade de sistema". Mesmo assim, é possível a atuação do legislador para modificar a lei, alterando seu conteúdo ou o modo de operacionalização do direito envolvido, não podendo, apenas, eliminá-lo. Reconhece, ainda, que: a) em havendo condições constitucionais e econômicas favoráveis, tais normas devem ser interpretadas de forma a extrair o máximo de satisfação das necessidades sociais e a realização de todas as prestações; b) se as condições constitucionais e econômicas não forem favoráveis, é necessário adequar as prestações ao nível de sustentabilidade existente, inclusive com a redução dos beneficiários ou dos valores recebidos; e, c) em situações limite, será possível a suspensão temporária dessas normas legais, que deverão ter sua efetividade restabelecida a curto e médio prazos. Além disso, afirma a existência de um não retrocesso ambiental, que não é ligado ao princípio da proteção de confiança, mas ao princípio da sustentabilidade, direcionado para a atual e para as futuras gerações, sendo que também em situação limite poderá ser necessário a conciliação entre a economia dos gastos públicos com a conservação do nível de proteção ambiental alcançado, além de, no limite dos limites, admitir medidas retrocessivas quando os valores envolvidos (a serem extraídos dos cofres públicos) "impeçam políticas públicas de garantia do mínimo de existência humana condigna".[29]

Já José Carlos Vieira de Andrade aceita parcialmente o princípio da proibição de retrocesso. Segundo esse doutrinador, as normas constitucionais que disponham

[28] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 339.
[29] MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 534 e 540-541.

a respeito de direitos econômicos, sociais e culturais trazem como consequência “uma certa garantia de estabilidade” das relações jurídicas advindas das leis que concretizaram as referidas normas. E essa garantia abarca um *mínimo*, que não pode ser eliminado, “designadamente, na medida em que assim se ponha em causa o nível de realização do direito exigido pela dignidade da pessoa humana”, sendo que um *máximo* poderá ser atingido, “quando essas concretizações legais devam ser consideradas *materialmente constitucionais*”. A posição intermediária, por sua vez, consistirá nos efeitos relacionados com o princípio da proteção de confiança ou com a necessidade de fundamentação dos atos legislativos que imponham retrocesso “num valor constitucional que no caso se revele mais forte”, ligado à particularidade de se tornarem mais aparentes as violações de preceitos constitucionais, reduzindo dessa forma “a liberdade de conformação e a possibilidade de arbítrio legislativo”. Ressalta que aceita um processo de “transformação constitucionalizante” de normas contidas em leis, fundado na “consciência jurídica geral”, porquanto entende ser a Constituição suscetível de evolução, o que inclui “a possibilidade de, ao nível constitucional, se vir a densificar e a determinar o conteúdo dos preceitos.” Porém, isso não significa uma aceitação de um princípio geral de proibição de retrocesso. Admite, apenas, que certas normas positivadas pela lei prevaleçam sobre outras, na hipótese em que o conteúdo seja considerado materialmente constitucional, o que se constitui em uma exceção, pois para o enraizamento “na consciência jurídica geral da convicção da sua obrigatoriedade constitucional” é preciso que exista um profundo e amplo consenso, cuja formação demora muito tempo e que não se estende aos “pormenores de regulamentação”. Ademais, refuta a existência de um denominado “bloco dirigente”, onde as disposições envolvendo direitos sociais funcionem “como o paradigma da evolução social e política, avolumando-se e ganhando solidez e rigidez jurídico-constitucional à medida que conseguem realização prática”, visto que tais disposições não podem ser interpretadas como definições normativas dos caminhos que o ser humano necessariamente deve percorrer para atingir uma sociedade justa, nem que o legislador democrático somente deva estabelecer “as condições institucionais e de facto necessárias à realização desse objetivo determinado, de harmonia com o estágio de desenvolvimento da comunidade no sentido único do ‘progresso’”. Termina afirmando que, fora as excepcionais hipóteses de constitucionalização material,

aceita apenas a proibição de revogação pura e simples, sem substituição por outras, das normas implementadoras de direitos sociais.[30]

Também Cristina Queiroz defende a existência de um princípio da "não reversibilidade" dos direitos fundamentais no que concerne com a proteção de seu "conteúdo essencial", que não poderá ser afetado por posterior modificação da lei regulamentadora da matéria.[31]

Por sua vez, no direito brasileiro igualmente há defensores da existência do princípio da proibição de retrocesso social.

Inicialmente, merece ser referido o posicionamento de Luís Roberto Barroso, para quem a vedação de retrocesso é um princípio implícito decorrente do nosso sistema jurídico-constitucional, pelo qual a lei regulamentadora de um mandamento constitucional, instituidora de um determinado direito, "se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania", em face do que não poderá ser suprimido de forma arbitrária. Nesse contexto, não é permitido a uma lei posterior eliminar um direito ou garantia, notadamente as de caráter social, resultando na extinção de um direito fundado na Constituição, concluindo esse doutrinador que está vedado "é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação."[32] Por isso ele defende que a vedação de retrocesso "é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direito fundamentais", sendo que, com base no direito constitucional vigente, um dos efeitos pretendidos por tais princípios é a sua "progressiva ampliação".[33]

Para Ana Paula de Barcellos a vedação de retrocesso impede seja revogado um direito implementado por meio de lei regulamentadora de princípio constitucional, diante do que não pode o legislador ordinário extinguir tal direito, sem que uma política substitutiva ou equivalente seja posta em seu lugar. Já quanto à sede material da vedação de retrocesso, entende que é uma "derivação ou aprofundamento do mesmo conceito que define a eficácia negativa (e, portanto, seu ofício desenvolve-se igualmente no plano da validade)", sendo uma das formas

---

[30] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 378-381.

[31] QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial, p. 69-70.

[32] BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 158.

[33] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380-381.

diretas de eficácia jurídica[34] que pode ser pleiteada perante o Poder Judiciário. [35]

Da mesma forma, Felipe Derbli aceita a existência do princípio da proibição de retrocesso social na Constituição brasileira de 1988, sendo ele extraído das disposições do art. 5º, § 2º, que alarga o âmbito dos direitos fundamentais para além dos estabelecidos na Carta Política, e do art. 7º, *caput* (definidor de um amplo rol de direitos sociais aos trabalhadores), os quais objetivam reduzir as desigualdades regionais e sociais existentes em nosso país, além da construção de uma sociedade livre e solidária, com justiça social. E por ser a nossa Constituição *dirigente*, ela impõe o desenvolvimento permanente do grau de concretização dos direitos sociais, visando sua máxima efetividade, nos termos do art. 5º, § 1º, "sendo *consequência lógica* a existência de comando, dirigido ao legislador, de não retroceder na densificação das normas constitucionais definidoras de tais direitos sociais." [36] Conclui afirmando que o legislador pode rever as leis editadas, mas o fundamento para o que ele chama de uma *reformatio in pejus*, considerando as circunstâncias fáticas do caso, deve ser, por meio da aplicação do juízo de proporcionalidade, "suficiente para prevalecer sobre um grau de concretização legislativa que já tenha alcançado o consenso básico da sociedade."[37]

Considerando o direito constitucional brasileiro, Ingo W. Sarlet sustenta que o princípio da proibição de retrocesso social, em sua versão mais restrita,[38] não é aplicável unicamente aos diretos sociais, não tem caráter absoluto e decorre implicitamente do sistema constitucional, precisamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional:

> a) Do princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da

---

[34] Para a autora, as outras formas diretas de eficácia jurídica são a (1) simétrica ou positiva, (2) nulidade, (3) ineficácia, (4) anulabilidade e (5) nulidade (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 61-68).

[35] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 68-69.

[36] DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 295.

[37] DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 298.

[38] Ingo W. Sarlet considera como uma "acepção ampla" da proibição de retrocesso a que decorre da proteção "outorgada aos direitos adquiridos em geral e à proteção com base nas denominadas cláusulas 'pétreas'", enquanto que proibição de retrocesso "em sentido estrito" a que envolve a proteção contra alterações da legislação infraconstitucional ou de atos retrocessivos (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 455-456).

ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;
b) Do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;
c) Do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no art. 5º, § 1º, e que necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. (...);
d) As manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) na dão conta do universo de situações, que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no artigo 5º, *caput*, da nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado social e democrático de Direito;
e) O princípio da proteção de confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas;
f) Os órgãos estatais, especificamente como corolário da segurança jurídica e proteção de confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa autovinculação em relação aos atos anteriores. Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador, quando os atos da administração e, em certa medida, dos órgãos jurisdicionais (...);
g) Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa na Constituição. (...);
h) Os argumentos esgrimidos restam enrobustecidos por um fundamento

> adicional extraído do direito internacional, notadamente no plano dos direitos econômicos sociais e culturais. Com efeito, de acordo com arguta observação de Victor Abramovich e Christian Courtis, bem retomada, entre nós, por André de Carvalho Ramos, sustentando que o sistema de proteção internacional impõe a progressiva implementação efetiva da proteção social por parte dos Estados, encontra-se implicitamente vedado o retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados.[39]

Quanto à amplitude da proteção conferida pelo princípio da proibição de retrocesso social, Ingo W. Sarlet sustenta que ao menos o mínimo existencial, o núcleo essencial e/ou o conteúdo em dignidade de cada direito fundamental já realizado pelo legislador ordinário devem ser preservados contra medidas de caráter retroativo e retrocessivo.[40]

Já Flávio Pansieri entende que o tema da proibição de retrocesso social encontra-se ligado, diretamente, a dois princípios do Estado Social Democrático de Direito, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica, este último "como forma de expressão do primeiro, ambos condicionados em nosso ordenamento pelo art. 3º da CF/88, que se pode chamar de cláusula de *proibição de retrocesso social*."[41] O autor estabelece as seguintes premissas como essência da proibição de retrocesso social:

> 1) é um limite ao poder constituinte reformador e ao legislador ordinário, bem com, para o administrador quando da execução dos projetos de governo; 2) centra-se no conteúdo material da Constituição, devendo tutelar o *núcleo essencial* dos Direitos Sociais efetivados pelo legislador; 3) liga-se a uma ideia prospectiva, ou seja, não poderá o legislador/administrador eliminar, mesmo que para o futuro, normas ou programas responsáveis por efetivar dispositivos constitucionais sociais, assim considerados como conquistas sociais, sem a devida contrapartida adequada.; 4) a proibição de retrocesso tem como complemento o dever de progressividade das prestações sociais.[42]

---

[39] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 455 e 464-466.
[40] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 469-476.
[41] PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais*: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 174.
[42] PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais*: reflexões a partir do direito à moradia, p. 180.

Por fim, Flávio Pansieri assevera que "para parte da doutrina espanhola entende a existência de um *dever de informações* por parte dos poderes públicos quando omissos na realização de suas obrigações no Estado Social."

É claro que o princípio da proibição de retrocesso social não possui aceitação unânime da doutrina, em razão do que merece referência alguns posicionamentos que consideramos como sendo uma amostra relevante dos argumentos adotados.

Em primeiro lugar, temos Manuel Afonso Vaz, que refuta a existência de um princípio da proibição de retrocesso social, pois a ausência de "determinidade" dos direitos previstos na Constituição portuguesa acaba por facultar ao legislador estabelecer o seu grau de realização. Além disso:

> (...) admitindo-se, em tese político-constitucional, que as medidas legais concretizadoras dos direitos sociais possam ser levadas a um direito constitucional material – ou seja, que "embora dispondo directamente apenas de uma cobertura normativa 'legal' já entraram a fazer parte do 'acquis constitucional' –, não vemos como possa o "nível de realização legislativa" de um "direito social" converter-se, autonomamente, numa dimensão constitucional material contra a vontade do legislador. Admitir-se isso, como princípio jurídico-constitucional, é jogar continuamente o legislador "contra a Constituição (material)", quando ele é parte dessa Constituição.[43]

No direito brasileiro, possui a mesma linha de entendimento Suzana de Toledo Barros, para quem "a admissão de um *princípio da proibição de retrocesso social*, entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a lei, conflitua com o princípio da autonomia do legislador, uma vez que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum". E a consequência disso é a recusa, por muitos doutrinadores, do princípio da proibição de retrocesso social, ao "argumento de que não se pode converter o grau de realização legislativa de um direito social em dimensão constitucional material, contra a vontade do legislador."[44]

Por sua vez, Jorge Reis Novais afirma que o princípio da proibição de

[43] VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei*. Porto, Universitas Catholica Lusitana, 1996, p. 385.
[44] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidad das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 163.

retrocesso social, entendido como um impedimento à redução dos níveis de realização dos direitos sociais, ou de um direito social específico, não possui amparo positivo em qualquer ordem constitucional, sustentação dogmática ou mesmo justificação ou apoio em "quaisquer critérios de simples razoabilidade". E caso fosse levada a sério por aquilo que se anuncia, a proibição de retrocesso não poderia funcionar como um princípio ou valor constitucional, mas sim como um "*Leitmotiv* da luta política". Para o doutrinador português, poder-se-ia admitir criticamente a utilização desse princípio em ordens constitucionais que não dispusessem a respeito de direitos sociais, não vislumbrando, porém, qualquer vantagem, interesse dogmático, justificação e utilidade em sua utilização onde os direitos sociais são consagrados na Constituição. Ainda, bastaria considerar os critérios e princípios utilizados pela proibição relativa de retrocesso, que visam a limitar a atuação do legislador que está a retroceder, para perceber que se trata, apenas, dos chamados limites dos limites dos direitos fundamentais, que não são mais do que os limites constitucionais, próprios do Estado de Direito, os quais os poderes públicos devem observar quando restringem direitos fundamentais. E pela observância dos limites dos limites é que "depende a legitimidade constitucional da restrição, exactamente da mesma forma que da sua observância dependeria, segundo os defensores da *proibição relativa*, a legitimidade constitucional do dito *retrocesso*." Por fim, assevera que houve uma importação indevida de um instituto criado na Alemanha,[45] onde fazia sentido sua utilização, "mas totalmente improdutiva, redundante e obscurecedora em contextos constitucionais em que os direitos sociais são direitos fundamentais."[46]

Por meio da descrição dessas posições doutrinárias, podemos perceber uma grande divergência de posicionamentos, inclusive entre os que aceitam a existência do princípio da proibição de retrocesso social.

Nessa quadra do trabalho, convém salientarmos que algumas das posições oriundas de doutrinadores portugueses, relativamente ao princípio da proibição de retrocesso social, mais especificamente, no ponto em que admitem uma alteração de situações jurídicas consolidadas, certamente decorrem do fato de que a

---

[45] Por isso, o princípio da proibição de retrocesso social somente seria aplicável em contextos jurídicos semelhantes ao da Alemanha, ou seja, nos quais a Constituição não trata, especificamente, de direitos sociais.

[46] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 244-249.

Constituição portuguesa de 1976, ao contrário da brasileira, não possui uma cláusula de proteção do direito adquirido, existindo apenas dispositivo estabelecendo que a lei somente poderá restringir direitos, liberdades e garantias na hipóteses expressamente previstas na própria Carta Política, devendo tais limitações possuir caráter geral, não serem retroativas e limitarem-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (art. 18, 2º e 3º).

Essa ausência de proteção expressa aos direitos adquiridos que, reafirme-se, é uma espécie de proteção contra retrocessos, também influencia as decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional de Portugal (TCP), ressaltando-se que no nosso ordenamento jurídico, em julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, provavelmente alguns resultados seriam diversos. Nesse contexto, e tendo em vista a grave crise econômica sob a qual passa o nosso país, é oportuno relatar que o Tribunal Constitucional de Portugal[47] proferiu várias decisões, especialmente a partir do ano 2010, naquilo que veio a ser denominado de jurisprudência da crise, [48] em que foram apreciadas diversas alterações legislativas que acarretaram a redução de direitos ou de benefícios de caráter social, nas quais não analisou a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social ou, quando o fez, apreciou apenas *en passant*, do que se denota que atualmente o TCP não reconhece a existência desse princípio[49] ou que, no mínimo, os atuais integrantes dessa Corte possuem um cuidado excessivo em sua utilização, ao menos nos casos em que houver redução, e não eliminação, de direitos sociais. Entre os vários julgados da denominada jurisprudência da crise, merecem referência os seguintes posicionamentos do Tribunal Constitucional português:

---

[47] Pioneiro na língua portuguesa em aplicar o princípio da proibição de retrocesso social (acórdão nº 39/84).

[48] Tais julgados são derivados da denominada crise da dívida pública da Zona do Euro, que obrigou Portugal a contrair empréstimos externos para saldar suas obrigações financeiras. Como contrapartida para a obtenção desses recursos, foram firmados acordos com o Fundo Monetário Internacional e com a União Europeia e o Banco Central Europeu, que estabeleciam "a obrigação de contenção de despesas públicas, de aumento de receitas e de realização de reformas em inúmeras áreas" (MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*, p. 542-543). Sobre tais acordos, António José Avelãs Nunes realiza forte crítica, afirmando que o pactuado com os organismos internacionais está a revogar normas da Constituição da República portuguesa que dispõem sobre o Estado Social, já que seguidamente estão sendo atacados direitos dos trabalhadores, afirmando, ainda, que embora os defensores desse estado de coisas argumentem, e segundo ele com razão, que o Tribunal Constitucional não possui a responsabilidade de governar, ele "tem a responsabilidade (que é um *dever de soberania*) de impedir que a política saia fora do quadro definido pela Constituição."(AVELÃS NUNES, António José. *Quo vadis, Europa?*. São Paulo: Contracorrente, 2016, p. 220).

[49] Pelo menos como sendo aplicável de forma autônoma.

a) no acórdão nº 396/2011 entendeu que a Lei do Orçamento do Estado para 2011, a qual estabeleceu a redução das remunerações dos servidores públicos, não violou os princípios da proteção de confiança e da igualdade, em razão do que concluiu pela constitucionalidade da redução estabelecida;

b) no acórdão nº 353/2012 considerou inconstitucional, por violação ao princípio da igualdade, a suspensão dos subsídios de natal e de férias (que correspondiam a um 13º e 14º salários) para trabalhadores que auferem salários de entidades públicas, aposentados e pensionistas, tanto os oriundos do setor público quanto do setor privado (tendo como única exceção as prestações devidas a determinadas categorias de "deficientes militares"), enquanto estivesse em vigor o Programa de Assistência Econômica e Financeira (PAEF), não aplicando, porém, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para o ano de 2012;

c) no acórdão 187/2013 reconheceu a inconstitucionalidade de legislação que estabelecia a redução remuneratória e suspensão total ou parcial do pagamento de subsídio de férias ou equivalente (14º salário) aos trabalhadores do serviço público, inclusive aos aposentados e reformados, bem com a redução remuneratória dos trabalhadores de instituição de direito privado, que realizassem atividade de docência ou pesquisa, quando suportados por financiamento público, além de instituir contribuição incidente sobre valores pagos a título de subsídio por motivo de doença ou desemprego, por ofensa aos princípios da igualdade e proporcionalidade;

d) no acórdão nº 474/2013 reconheceu a inconstitucionalidade de alteração da legislação que ampliava os motivos de cessação do vínculo laboral dos trabalhadores em funções públicas, com fundamentos em razões objetivas, por violação da garantia da segurança no emprego, do princípio da proporcionalidade e do princípio da confiança;

e) no acórdão nº 862/2013 reconheceu a inconstitucionalidade do Decreto da Assembleia a República que estabeleceu um percentual de redução das aposentadorias, reformas e pensões superiores em valor superior a 600,00 euros, por violação ao princípio da proibição de confiança, mas rejeitando a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social, chegando essa decisão a afirmar que "a própria garantia da manutenção do conteúdo do mínimo do direito à pensão pode exigir a diminuição do seu montante, de forma a preservar recursos para a

manutenção desse núcleo essencial.”;

f) no acórdão nº 413/2014 reconheceu a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei do Orçamento do Estado para 2014, que estabeleceu redução remuneratória dos trabalhadores do setor público (pelo quarto ano seguido, apesar da Lei referir seu caráter “transitório”), por violação dos princípios da igualdade, da proporcionalidade, determinando, ainda, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade somente produzissem efeitos a partir da data da sua prolação;

g) no acórdão nº 574/2014 reconheceu a inconstitucionalidade de Decreto da Assembleia da República que estabelecia pelo prazo de quatro anos a redução remuneratória dos trabalhadores do setor público, por violação do princípio da igualdade, exceto para os anos de 2014 e 2015;

h) no acórdão nº 575/2014 reconheceu a inconstitucionalidade de Decreto da Assembleia da República que cria a contribuição de sustentabilidade, incidente sobre os valores pagos a título de aposentadoria, reforma ou pensão pelo poder público, por violação ao princípio da confiança, ínsito no princípio do Estado de Direito Democrático.

Assim, feita uma breve síntese das posições envolvendo o princípio da proibição de retrocesso social, suficientes para vislumbrar o estado do debate a respeito do tema, devemos prosseguir com a demonstração do nosso entendimento a respeito de tal princípio na Constituição brasileira de 1988.

2.1.2 A sede material do princípio da proibição de retrocesso social na Constituição brasileira de 1988

Inicialmente, devemos afirmar que, embora uma leitura perfunctória do texto da Constituição brasileira de 1988 revele que inexiste, de forma expressa, referência à proibição de retrocesso ou a qualquer expressão equivalente, exceto pelas disposições contidas no art. 5º, XL,[50] e no art. 8º, § 1º, do ADCT,[51] não relacionados com o tema em análise, isso não significa a inexistência desse instituto jurídico de forma implícita, até porque não há, necessariamente, uma identidade

[50] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

[51] O dispositivo em questão proíbe a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo, quando relacionada com a anistia política aos servidores públicos prevista no *caput* do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

entre o texto e a norma.

De outro lado, já vimos anteriormente que as normas são divididas entre princípio e regra, sendo a primeira aplicada na maior medida possível, considerando a situação fática e jurídica existente, e a segunda na forma do *tudo ou nada*, pois é um mandado definitivo.

Atente-se, ainda, que os princípios derivam da sociedade em que estão inseridos, retornando, posteriormente, para essa mesma sociedade, agora regulando-a e, como bem disse Carlos Alberto Molinaro, "pavimentando a larga via da atividade criadora do homem".[52] Sobre isso, Pontes de Miranda assevera:

> Qualquer espírito pode formular concepções com os materiais abstratos das imagens, das idéias e demais elementos formadores dos pensamentos; os princípios somente com elementos objetivos podem ser formulados. Ninguém deve improvisar princípios jurídicos, como ninguém pode fazer regras econômicas, políticas ou morais. É com tijolo que se constroem casas, e não com palavras. É das realidades que se tiram os princípios, de modo que entre as leis e eles pode haver paralelismo e a ineficácia daquelas será proporcional à discordância entre uns e outros. Na vida, toda a aplicação tenderá para reduzir as leis aos princípios e a perfectibilidade está em formulá-las o mais próximas deles que for possível. Todos os princípios têm conteúdo especial (ético, político, econômico, etc.), ou geral (social), e seria preciso modificar a substância social para os modificar ou suprimi-la para os suprimir. É pela indução que, das soluções mostradas nas relações que se observam, pode tirar-se o princípio; depois, pela dedução, aplicar-se-á aos casos análogos.[53]

Além da funcionalidade primordial dos princípios jurídicos, que é a de regular um caso,[54] os doutrinadores, nacionais e estrangeiros, conceituam e classificam de forma variada os princípios (e para o que nos importa, os princípios

---

[52] MOLINARO, Carlos Alberto. *Interdição da retrogradação ambiental*: reflexões sobre um princípio. In: Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental, 2012, Brasília. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal, 2012, p. 73-120, especificamente p. 84. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/93127174/Voto_APROMAC_ANEXO.pdf>. Acesso em: 20-08-2017.

[53] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 4, p. 232-233.

[54] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, 159.

constitucionais), sendo de relevo os levantamentos feitos por Ruy Samuel Espíndola[55] e Flávio Pansieri[56] a respeito da posição da doutrina. Note-se que a ausência de uniformidade nas classificações formuladas pela doutrina decorre da diferença de época, sociedade, cultura, país e, igualmente, pelo enfoque que o autor quer dar a respeito do tema.

Por tudo isso, e considerando os limites a que nos propomos desde o início, somente faremos uma análise das classificações de princípios constitucionais que se vinculam com o presente trabalho.

Assim, a primeira das classificações é a que distingue os princípios constitucionais entre expressos os implícitos. Para Ingo W. Sarlet, princípios expressamente positivados são os que foram "objeto de previsão textual pelo constituinte (separação dos poderes, dignidade da pessoa humana etc.)", enquanto que os princípios implicitamente positivados,[57] são os "subentendidos e derivados de outros princípios e do sistema jurídico-constitucional, como é o caso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade".[58]

---

[55] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. É de se ressaltar que, em sua obra, esse autor realiza um levantamento do conceito de princípios constitucionais que vão desde Sampaio Dória até Roque Antonio Carrazza, passando por José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Luiz Roberto Barroso, Geraldo Ataliba, dentre tantos outros.

[56] Flávio Pansieri realiza um levantamento a respeito das classificações da eficácia jurídica das normas constitucionais, que se inicia com Rui Barbosa, sob a inspiração do direito norte-americado, e segue analisando as teorias apresentadas por João Horácio Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Jorge Miranda, Celso Ribeiro Bastos, Carlos Ayres Brito e concluindo com Maria Helena Diniz. Sobre esse tema, o autor conclui que a grande maioria dos doutrinadores citados negam que qualquer norma constitucional seja desprovia de eficácia, bem como, quanto à eficácia das normas constitucionais, entende que nenhuma das classificações apresentadas vai além da elabora por José Afonso da Silva (a qual se alinhou), que as dividiu em três categorias: normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida; e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que se subdivide em (a) declaratórias de princípios organizativos e (b) declaratórias de princípios programáticos. (PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais*: reflexões a partir do direito à moradia, p. 92-109).

[57] Atente-se que Ingo W. Sarlet prefere a denominação de direitos não escritos (ou não expressos), que abrange os diretos implícitos e decorrentes, entendendo que essa distinção se justifica, pois "a categoria dos direitos implícitos pode corresponder também – além da possibilidade de dedução de um novo direito fundamental com base nos constantes do catálogo – a uma extensão (mediante o recurso à hermenêutica) do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado, cuidando-se, nesta hipótese, não tanto da criação jurisprudencial de um novo direito fundamental, mas, sim, da redefinição do campo de incidência de determinado direito fundamental já expressamente positivado. Já os direitos decorrentes do regime e dos princípios não se confundem com a categoria dos direitos implícitos, considerados estes na acepção estrita de posições jurídicas fundamentais subentendidas nas normas de direitos fundamentais da Constituição, no sentido de referidas ao seu âmbito de proteção." (SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 90).

[58] SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 255-256.

Também J. J. Gomes Canotilho sustenta a existência de princípios constitucionais implícitos, que ele chama de não escritos, asseverando que:

> (...) dentro da perspectiva principialista subjacente ao presente curso, é a de que a consideração de princípios constitucionais não escritos com elementos integrantes do bloco da constitucionalidade só merece aplauso relativamente a princípios reconduzíveis a uma *densificação ou revelação específica* de princípios constitucionais positivamente plasmados (...). O parâmetro da constitucionalidade não se reduz positivamente às regras e princípios escritos nas leis constitucionais; alarga-se, também, a outros princípios não expressamente consignados na constituição, desde que tais princípios ainda se possam incluir no âmbito normativo-constitucional.[59]

Quanto a outra classificação que nos interessa, ele é igualmente feita por Ingo W. Sarlet, que divide os princípios constitucionais fundamentais (entre outras classificações, que não são conflitantes entre si)[60] em gerais, que operam como critérios materiais informadores para toda ordem jurídico-constitucional, ou setoriais (especiais), que se referiam à parte específica da Constituição.[61]

Então, diante de tais classificações, podemos, desde já, afirmar que o princípio da proibição de retrocesso social é um princípio constitucional implícito e geral (não absoluto), do qual decorre a limitação da atuação do legislador e dos órgãos executivos no que diz respeito com a eliminação ou redução de direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais, previstos na Constituição e já implementados mediante lei ou ato do Poder Executivo.

A proibição de retrocesso social é um princípio implícito, porque decorre da própria estrutura dos direitos sociais previstos na Carta Política brasileira (e não apenas de um princípio específico), que nada mais são do que meios para tornar reais os fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – art. 1º, I a V), bem como para

---

[59] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 920.
[60] SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 254.
[61] SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p 253.

efetivar os objetivos fundamentais previstos na Constituição de 1988 (construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais – art. 3º, I a III). Saliente-se, outrossim, que embora não qualificado como tal, uma interpretação sistemática envolvendo as disposições contidas no Título I em conjunto com os direitos sociais previstos ao longo da atual Constituição brasileira, nos leva a concluir que estamos diante de um Estado Democrático e Social de Direito.[62]

Veja-se que embora a Constituição não tenha qualificado o Estado Democrático de Direito brasileiro como um Estado Social, assim ele deve ser considerado, tendo em vista as dezenas de disposições contidas em várias partes do texto, e não só no capítulo dos direitos sociais. Para tanto, basta termos em conta que é fundamento da República brasileira os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), além de ser um dos objetivos fundamentais estabelecidos garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), com o que vemos ser o objetivo final realizar uma efetiva paz social conjugada com uma existência digna para todos.

E mais, a um dos direitos de liberdade mais elementares, o direito de propriedade, foi estabelecido que ele atenda à sua função social (art. 5º, XXIII). Igualmente, a ordem econômica estabelecida na Lei Fundamental de 1988 prevê que ela é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*), observados, dentre outros princípios, os da função social da propriedade (art. 170, III), defesa do consumidor (art. 170, V), defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e

---

[62] Marcelene Carvalho da Silva Ramos afirma que, apesar de não possuir disposição expressa, como ocorre com a Constituição de Portugal, "o Estado brasileiro caracteriza-se como Estado Social de Direito (veja-se o preâmbulo que pugna por Justiça Social e todas as normas da Constituição Democrática que trata dos princípios sociais e que veicula os direitos e garantias sociais) e como tal, deve atuar no âmbito interno e internacional bem assim toda a sociedade brasileira, de forma pró-ativa no que pertine à implementação dos direitos humanos fundamentais, em especial os sociais plasmados na Carta de 1988, na legislação infraconstitucional concretizadora e nos instrumentos internacionais de que participe, impedindo a ocorrência de retrocesso ilegítimo, sob pena de sofrer para além das sanções na ordem interna, submeter-se ao julgamento das Cortes e Comissões Internacionais de direitos humanos." (RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental*, p. 81).

serviços e de seus processos de elaboração e prestação (art. 170, VI), redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) e a busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII), bem como prevê que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, *caput*).

Especificamente no capítulo dos direitos sociais, a Constituição de 1988 é expressa ao estabelecer como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (art. 6º), sendo que vários desses direitos são objeto de posterior detalhamento em capítulos específicos dentro do título denominado “DA ORDEM SOCIAL” (arts. 194 e segs.). Ainda, a nossa Carta Política estabeleceu dezenas de direitos aos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º), garantiu a livre associação profissional e sindical (art. 8º) e o direito de greve (art. 9º).

Após essa descrição, parece-nos não ser mais possível recursar a adjetivação de que o Brasil se constitui, materialmente, em um Estado Social, além de Democrático de Direito. A respeito do Estado Social, Avelãs Nunes sustenta ser possível enunciar alguns pontos em que há relativo consenso no que diz respeito com a sua caracterização. Para ele:

> a) o estado social assume-se como um estado acima das classes e dos conflitos sociais e afirma-se emprenhado na prossecução da paz social e na garantia a todos os cidadãos dos meios necessários a uma vida digna, criando condições para que cada um atinja este objectivo pelo seu trabalho ou fornecendo ele próprio os bens ou serviços indispensáveis a tal desiderato (saúde, assistência social, etc.); b) o estado social propõe-se a oferecer a todos oportunidades iguais de acesso ao bem-estar, nomeadamente através de políticas de redistribuição do rendimento em favor dos mais pobres e de investimentos públicos em equipamentos sociais adequados (habitação, creches e escolas de ensino básico, *v. g.*); c) o estado social deve proporcionar a todos os indivíduos e a todos os grupos sociais a possibilidade de participar no poder social (...).[63]

[63] AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá*...Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado Social. Lisboa: Avante, 2010, p. 51.

Nesse ponto, em razão da influência que exerce sobre o direito constitucional português e o brasileiro, convém abrirmos um espaço para falarmos rapidamente do Estado social na Alemanha, onde sua Constituição, diferentemente do que ocorre com a Carta de 1988, não possui um catálogo com direitos sociais ou mesmo a proteção dos direitos adquiridos (havendo, apenas, pontuais inserções desses direitos, como o caso proteção ao meio ambiente ou à família e às crianças e adolescentes), sem que com isso tenha deixado de alcançar elevados níveis de proteção e garantias de direitos sociais, que ultrapassam muito os padrões mínimos exigidos pelo direito internacional de proteção e garantia dos direitos sociais.[64] Porém, importa notar que a Lei Fundamental de Bonn estabelece (art. 20.1) que a República Federal da Alemanha se constitui num Estado federal, democrático e social, sendo que dessa última adjetivação decorre um direcionamento à atuação estatal no sentido da realização das tarefas sociais, que também pode ser sintetizado como uma atuação positiva do Estado visando a uma melhora socioeconômica de toda a população. A respeito desse tema, preciso e relevante é o ensinamento de Konrad Hesse, que igualmente entendemos como aplicável no ordenamento jurídico-constitucional pátrio, especialmente em razão da existência de um amplo leque de direitos sociais estabelecidos na Carta Política de 1988, conforme demonstrado nos parágrafos anteriores. Afirmar o jurista alemão que:

> b) Se, [...], a Lei Fundamental qualifica o Estado, por ela constituído, como "estado de direito social", então isso significa não só um reconhecimento forçado de uma realidade que não mais pode ser negada. Senão, isso significa, que as *tarefas do Estado* não mais se esgotam na proteção, conservação, só ocasionalmente, intervenção. O Estado da Lei Fundamental é Estado que planifica, guia, presta, distribui, possibilita primeiro vida individual como social e isso é posto para ele, pela fórmula do estado de direito social, por causa da Constituição, como tarefa.
>
> Essa tarefa fundamenta não só uma "obrigação social" da coletividade diante de seus membros, portanto, a obrigação para assistência social, assistência vital e satisfação social, mas também obrigações sociais dos membros da coletividade

[64] SUÁREZ FRANCO, Ana María. Los limites constitucionales a las medidas regresivas de caráter social en Alemania: una aproximación al análisis doctrinal. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás*: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 361-385, especificamente p. 361.

entre si, assim como diante da coletividade: deveres de proteção, ajuda, assistência e deveres de auto-auxílio coletivo, vinculações da propriedade, obrigações tributárias e deveres de prestação, que põem o Estado primeiro em condições de cumprir suas tarefas sociais. Se todas essas obrigações sociais carecem também de concretização e realização pela legislação ordinária, freqüentemente também pelo tornar-se ativo administrativo, o princípio do estado social permanece, contudo, um *princípio constitucional*: ele obriga e legitima o legislador e o poder executivo para o exercício de tarefas estatal-sociais – sem fundamentar, com seu encargo geral, pretensões individuais a um tal exercício ou instruções de ação concretas. Ele garante em seu núcleo aqueles âmbitos jurídicos que pertencem à essência do estado de direito social, como, por exemplo, o direito de proteção dos trabalhadores e direito de horário do trabalho, o direito de ajuda social, direto de provisão ou direito de seguro social, o direito de organização de empresa ou direito do contrato coletivo de trabalho. Um afastamento fundamental das instituições pertencentes à existência básica do estado de direito social está jurídico-constitucionalmente excluído.

c) O cumprimento dessas tarefas está, em sua totalidade, *sob os mandamentos do estado de direito*. No estado de direito social, também a atividade configuradora e concedente dos poderes estatais deve ser "posta em forma", aqueles poderes estão juridicamente vinculados, não fica um âmbito ilimitado, não-vinculado, sem configuração, de beneficência, que seria um meio mais eficaz de exercício de poder ilegítimo do que ordem e coação. A atividade configuradora e concedente dos poderes estatais deve servir, à frente do objetivo, ao asseguramento da existência digna de um ser humano. Ela destina-se à igualdade no sentido de coordenação social justa. Ela serve à liberdade que, depois do tempo, que nos separa do mundo liberal do século XIX, das mudanças radicais sociais e inflações, não mais é só uma questão de proteção diante de intervenções estatais, mas, simultaneamente, também, de uma eficácia estatal ampla, pela qual somente ela pode ganhar realidade.

[...]

Simultaneamente, todavia, o princípio do estado social encontra nos mandamentos da estatalidade jurídica material também seus *limites*: uma assistência social estatal ampla que queira transmutar a coletividade em um Estado-beneficência ou Estado-provisão e abole liberdade auto-responsável, não mais corresponde ao princípio do estado de direito social. Esse limite, naturalmente, não se deixa traçar nitidamente. Ele deixa, além disso, amplo

> espaço para configurações distintas. A fórmula do estado de direito social contém, por conseguinte, sem dúvida, para o legislador que concretiza, um encargo obrigatório, mas não diretrizes obrigatórias para o cumprimento desse encargo. – A inclinação de pôr dentro dela todo o desejável e, desse modo, fazer passá-la por mandamento constitucional, não compreende o significado da fórmula, exatamente também no contexto da ordem democrática da Lei Fundamental. Antes, o princípio abre às forças sociais e políticas diferentes a possibilidade de, por meio da participação constitucional na formação da vontade política, fazer valer seus critérios de valorização para a configuração da ordem estatal social.[65]

Para concluirmos o ponto a respeito do Estado Social, aderimos à posição de Pietro de Jesús Lora Alarcón, que aduz que somente "a compreensão da necessidade de uma forma de Estado e do Direito comprometida com o bem comum pode ser considerada lógica e razoável diante da desigualdade e da ausência de condições para a imensa maioria de membros da sociedade",[66] sendo essa, precisamente, a situação de nosso país.

De outra banda, temos como necessário rebater a posição de Jorge Reis Novais, contrária ao princípio da proibição de retrocesso social, visto que não possui amparo positivo em nenhuma ordem constitucional, tendo sido uma importação indevida de um instituto, não havendo sustentação dogmática ou mesmo justificação ou apoio em "quaisquer critérios de simples razoabilidade", além de que ele necessita da utilização de outros critérios e princípios.

Veja-se que o fato de não existir expressamente em nenhuma ordem constitucional não faz com que o princípio da proibição de retrocesso social não exista, porquanto há a categoria dos princípios implícitos, que é o caso. Ademais, a necessidade da utilização de outros critérios e princípios para a sua aplicação não o torna inútil, inexistente, de uso injustificado ou que não possua sustentação dogmática, pois é um princípio geral que possui como função primeira servir de *alerta/guia* para a averiguação da (in)constitucionalidade[67] de uma alteração

---

[65] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 175-177.

[66] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência política, Estado e direito público*: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Verbatim, 2011, p.103.

[67] Para Ingo W. Sarlet, "merece acolhida a tese de que uma medida restritiva em matéria de direitos sociais em princípio deve ser encarada com reservas, isto é, como uma medida "suspeita" e submetida

legislativa ou de um ato retrocessivo emanado do Poder Executivo envolvendo direitos sociais, além de, conforme veremos adiante, estar presente na utilização do critério da proporcionalidade, momento em que será investigado se os motivos que sustentam a redução de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, em contraposição com o benefício alegado, são aceitáveis.

Igualmente, observe-se que não podemos considerar como sendo uma importação indevida do instituto o fato do princípio da proibição de retrocesso social ter surgido em um país que não possui em sua Constituição atual um catálogo de direitos sociais. Isso porque a existência de um catálogo de direitos sociais, como na Constituição brasileira de 1988 ou na de Portugal de 1976, significa a importância que o constituinte conferiu a tais direitos, os quais possuem o fim último de reduzir a desigualdade material. Assim, é até mesmo ilógico não aceitarmos o princípio da proibição de retrocesso social exatamente em países em que os direitos sociais foram elevados à categoria constitucional e onde permanecem imensas as desigualdades entre os diversos estratos da sociedade.[68]

Por sua vez, é de se notar que para sermos uma sociedade livre, justa e solidária, garantirmos o desenvolvimento nacional e erradicarmos a pobreza e a marginalização e reduzirmos as desigualdades sociais e regionais, objetivos da República brasileira previstos na Constituição de 1988, não será possível com a eliminação ou a redução de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. É fácil se constatar, assim, que o princípio da proibição de retrocesso também pode ser considerado como a outra face dos objetivos contidos nos incisos II e III do art. 3º da Carta de 1988. Sobre isso, acresça-se a posição de José Luiz Quadros de Magalhães, o qual afirma ser "um erro grave a compreensão do constitucionalismo liberal como não vinculante", e que os planos e metas das ações dos governos devem visar simultaneamente aos objetivos descritos no início desse parágrafo.[69] Isso vem em reforço à ideia de que as medidas retrocessivas devem ser vistas como a

---

a uma presunção (sempre relativa) de inconstitucionalidade, de tal sorte que sujeita a controle no que concerne à sua proporcionalidade ou mesmo no que diz com a observância de outras exigências." (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 472).

[68] Atualmente, tal consideração é perfeitamente aplicável ao Brasil e também a Portugal, embora nesse país, até como resultado do seu ingresso na União Europeia, as diferenças sociais não sejam tão gritantes.

[69] MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. In: MIRANDA, Jorge; BONAVIDES, Paulo; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 34-35.

"suspeita" de inconstitucionalidade, sendo que, para tanto, deverão ser utilizados critérios para verificar se tal ocorreu.

2.1.3 A proibição de retrocesso nos tratados internacionais de direito humano do qual o Brasil é signatário e a posição desses tratados no nosso ordenamento jurídico

O art. 5º § 2º da Constituição estabelece conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, ao prever que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, além de prever no § 3º, inserido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Pelas referidas disposições, vemos que há uma abertura material para os direitos fundamentais decorrentes da própria Carta Política ou contidos em tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Por sua vez, e para não que não pairem dúvidas a respeito de nosso posicionamento, somente terão equivalência de Emenda Constitucional os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos ratificados após a inserção do § 3º no art. 5º da Constituição de 1988, já que, para tanto, há necessidade de aprovação em dois turnos pelas duas Casas do Congresso (Câmara dos Deputados e Senado), o que não ocorreu com nenhum dos tratados anteriores à Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Apesar de reconhecer que a melhor solução seria a que foi proposta por Flávia Piovesan, no sentido de que a redação do § 3º do art. 5º reconhecesse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais que versassem sobre a proteção de direitos humanos que já houvessem sido ratificados pelo Brasil, [70] não é mais possível aceitarmos tal posicionamento, pois seria realizar uma interpretação contra o texto da própria norma, o que deve ser evitado.[71]

---

[70] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 141.

[71] Merece referencia que Flávia Piovesan continua a defender a natureza constitucional dos tratados

Resta, então, estabelecermos sob que condição (posição jurídica) foram recebidos os tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004, sendo que havia quatro correntes, que sustentavam: a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.[72]

Quanto à primeira, da supraconstitucionalidade, repelimos sua aplicação, até porque entendemos que poderia ocorrer uma revogação de dispositivos da Constituição por incompatibilidade com o tratado internacional, o que não nos parecer tenha sido desejado pelo constituinte originário. Ademais, aceitando tal posição haveria, até mesmo, um esvaziamento das denominadas cláusulas pétreas, que poderiam, em uma hipótese que reconhecemos como de difícil concretização, até serem eliminadas por um tratado internacional envolvendo direitos humanos.

Quanto à segunda corrente (hierarquia constitucional), embora já tenhamos exposto alguns motivos para rejeitá-la (feitos a partir da interpretação do § 3º do art. 5º, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004), e mesmo considerando (a) o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, (b) que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem uma superioridade hierárquica em relação aos outros atos internacionais de caráter mais técnico, formando um universo especial de princípios com força obrigatória, denominado de *jus cogens*,[73] (c) que a Constituição brasileira de 1988 tenha aderido à tendência do constitucionalismo contemporâneo de conferir um tratamento privilegiado aos tratados internacionais de direitos humanos,[74] bem como a relevante posição de

---

internacionais sobre direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004. Para tanto, aduz que tal "entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica da racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro. Sustenta-se que essa interpretação é absolutamente compatível com o princípio da interpretação conforme a Constituição. Isto é, se a interpretação do § 3º do art. 5º aponta a uma abertura envolvendo várias possibilidades interpretativas, acredita-se que a interpretação mais consonante e harmoniosa com a racionalidade e teleologia constitucional é a que confere ao § 3º do art. 5º, fruto da atividade do Poder Constituinte Reformador, o efeito de permitir a 'constitucionalização formal' dos tratados de proteção de direitos humanos ratificados pelo Brasil." (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 143).

[72] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 141.

[73] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 128-138.

[74] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, Vol. I, p. 409.

Ingo W. Sarlet, no sentido de que (d) a equiparação entre os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais e os dispostos na Constituição “é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos”,[75] continuamos a recusar tal posição. Primeiro, porque da construção linguística do § 2º do art. 5º da Constituição brasileira não se extrai a elevação de normas contidas nos tratados internacionais sobre direitos humanos à condição de norma constitucional. A dois, porque a nossa Constituição explicitou em profusão os direitos fundamentais ao longo de seu texto, em razão do que é pouco provável que o Constituinte originário pretendesse uma constitucionalização das normas de direitos humanos previstas em tratado internacional, muitas delas já em vigor no nosso ordenamento jurídico quando da promulgação da Lei Fundamental de 1988. E, saindo de uma interpretação originária, é possível reconhecermos que os tratados internacionais de direitos humanos tenham uma hierarquia superior a das leis, sem que para isso tenhamos que constitucionalizá-las, o que nos parece compatível com a previsão do art. 5º, § 2º, com um tratamento privilegiado aos tratados internacionais de direitos humanos e com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional.

Saliente-se que essa posição supralegal, mas ainda infraconstitucional, é a que adotamos (exceto para os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados na forma prevista pelo § 3º do art. 5º da Constituição de 1988), por considerá-la a mais compatível com o nosso ordenamento constitucional, posição essa adotada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do RE 466.343. Em resumo, atualmente está consagrada (pelo menos perante a nossa Corte Suprema) a *teoria do duplo estatuto* dos tratados de direitos humanos, em que possuem natureza constitucional os aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, e natureza supralegal (porém infraconstitucional) os anteriores à Emenda Constitucional nº 45 e os que forem aprovados pelo rito comum (por maioria simples e/ou turno único em cada Casa do Congresso).[76] Ainda, em que face da

[75] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 125.
[76] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 480-481.

mudança de posicionamento pelo Supremo Tribunal Federal, bem como pelas razões já expostas, entendemos desnecessário um aprofundamento na análise da posição que defende uma paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Prosseguindo, agora que estabelecido o nosso entendimento a respeito dos tratados internacionais sobre direitos humanos, é de se ver que o Brasil é signatário do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), o qual, por consequência, integra o nosso ordenamento jurídico, onde produzirá efeitos até o momento em que nosso país denunciá-lo. O art. 2º, § 1º, do PIDESC,[77] prevê:

> Art. 2º
> 1º Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

A respeito de tal disposição do PIDESC, Antônio A. Cançado Trindade afirma que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[78] assinala de forma significativa:

> (...) se, por um lado, o Pacto dispõe sobre a realização progressiva dos direitos consagrados, por outro lado impõe várias obrigações de *efeito imediato*, a saber: a) obrigação de "adotar medidas" ("to take steps") pouco após a entrada em vigor do Pacto (artigo 2(1)); b) compromisso de garantir o exercício dos direitos protegidos "sem discriminação"; c) aplicabilidade "imediata" de determinadas

---

[77] É de se ver que pode ser sustentado que um *minimum core obligaton* decorre, ainda, do art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA) e do art. 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (OEA), em razão da semelhança com o art. 2º, § 1º, do PIDESC.

[78] O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi criado pelo Comitê Econômico e Social, um dos órgãos da ONU, com o objetivo de monitorar os direitos previstos no PIDESC, sendo sua principal atribuição "receber relatórios periódicos dos países, sobre o processo de implantação desses direitos em nível doméstico, e emitir pareceres sobre o assunto" (LIMA JR. Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 34), denominados "Observações Finais" (SEPÚLVEDA, Magdalena. La interpretación Del Comite de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión "porgresivamente". In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni um paso atrás*: la prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 117-150, especificamente p. 119.

> disposições por órgãos judiciais e outros nos ordenamentos jurídicos internos (artigos 3; 7(a)(1); (8); 10(3); 13(2)(a), (3) e (4); e 15 (3)); d) a obrigação geral de buscar constantemente a realização dos direitos consagrados sem retrocessos; e) "obrigações mínimas" ("minimum core obligations") em relação a todos os direitos consagrados, e, em caso de não-cumprimento, obrigação de provar que "o máximo dos recursos disponíveis" (tanto no plano nacional como mediante a cooperação e assistência internacionais) foi utilizado, ou se tentou utilizá-lo, para a realização dos direitos consagrados (artigos 11, 15, 22 e 23 do Pacto); f) em épocas de crises econômicas graves, de processos de ajuste, de recessão econômica, obrigação de proteger os setores e membros mais vulneráveis da sociedade por meio de programas específicos de relativamente baixo custo.[79]

Ainda sobre o art. 2º, § 1º, do PIDESC, o Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, interpretando tal disposição, esclareceu nos parágrafo 10, 11 e 12 do Comentário Geral nº 3, que:

> "10. (...) o Comitê entende que corresponde a cada Estado-parte uma obrigação mínima *minimum core obligation* de assegurar a satisfação de, pelo menos, níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos. Assim, por exemplo, um Estado-parte no qual um número significativo de indivíduos esteja privado de uma alimentação adequada, de cuidados médicos essenciais, de abrigo e moradia, ou das mais básicas formas de educação está, *prima facie*, descumprindo as obrigações contidas no Pacto. Se o Pacto fosse lido de um modo a não estabelecer obrigações mínimas, seria ele completamente privado de *raison d'être* (razão de ser). Analogamente, há de se advertir que toda avaliação de um Estado estar cumprindo sua obrigação mínima deve levar em conta também as limitações de recursos que se aplicam ao país de que se trata. O parágrafo primeiro do art. 2º obriga cada Estado-parte a adotar as medidas necessárias 'até o máximo de seus recursos disponíveis'. Para que um Estado-parte seja capaz de atribuir a sua incapacidade de assegurar ao menos obrigações mínimas à inexistência de recursos disponíveis, deve demonstrar que todos os esforços foram feitos para usar todos os recursos que estão à sua disposição para satisfazer, com prioridade, aquelas obrigações mínimas.

---

[79] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, Vol. I, p. 377.

> 11. O Comitê gostaria de enfatizar, entretanto, que mesmo onde recursos disponíveis são comprovadamente insuficientes, persiste a obrigação do Estado-parte de esforçar-se para garantir o mais amplo gozo possível dos direitos sob as circunstâncias predominantes. Além disso, as obrigações de monitorar a extensão da realização, ou mais especificamente da não-realização, dos direitos econômicos, sociais e culturais, e de conceber estratégias e programas para sua promoção, não são de forma alguma eliminadas em razão da restrição de recursos. (...)
> 12. Da mesma forma, o Comitê enfatiza o fato de que mesmo em tempos de grave restrição de recursos causados por um processo de ajuste, de recessão econômica, ou por outros fatores, os membros vulneráveis da sociedade podem e realmente devem ser protegidos pela adoção de programas de relativamente baixo custo. (...)”[80]

Já sobre as “Observações Gerais e Finais” emitidas pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, relacionadas com as obrigações assumidas pelos Estados-partes e sua observância pelo ordenamento jurídico interno, observam Victor Abramovich e Christian Courtis que:

> (...) dado que a interpretação do alcance e significado dos direitos e obrigações estabelecidas pelo Pacto correspondam em última instância à autoridade designada pelo próprio Pacto – o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que por sua vez delegou essa faculdade ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais –, os juízes nacionais devem ter em conta essa interpretação ante uma controvérsia em sede interna, sob a consequência de provocar, em caso contrário, uma opinião negativa sobre o descumprimento das obrigações do Estado em sede internacional.
> Portanto, tanto por razões normativas – o Estado delegou competências interpretativas a instâncias internacionais, que resultam agora no intérprete último dos Pactos – como práticas – o desconhecimento da interpretação dos organismos internacionais provocará, além de um dispêndio jurisdicional inútil tanto em sede interna como em sede internacional –, a responsabilidade do Estado por descumprimento de suas obrigações de acordo com os Pactos –, a

[80] BONTEMPO, Alessandra Gotti. et. al. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). In: PIOVESAN, Flávia (Coord. Geral). *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008, p. 136-137.

> interpretação das cláusulas do PIDESC realizada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é um guia iniludível para a aplicação do referido instrumento por parte dos tribunais internos.[81]

Alessandra Gotti possui a mesma linha entendimento, afirmando que, embora ainda não possuam força cogente contra os países signatários, equivalem a "uma verdadeira 'jurisprudência internacional', servindo como um guia para a compreensão da posição do Comitê com relação às obrigações assumidas pelos Estados-partes", sendo "fundamental que os operadores do Direito – especialmente nossos Tribunais – tenham conhecimento dos Comentários Gerais e Finais por ele emitidos."[82]

Diante desse quadro normativo no plano internacional, temos que o PIDESC encontra-se em pleno vigor no nosso ordenamento jurídico, sendo uma norma jurídica especialíssima em relação às demais vigentes, não sendo possível sua derrogação por qualquer lei ordinária (em decorrência de sua natureza supralegal).

Ainda, temos como evidente que o disposto no art. 2º, § 1º, do PIDESC, ao estabelecer um dever de progressividade impõe, igualmente, uma vedação (relativa) de regressividade aos poderes públicos, que somente poderá ocorrer em situações especialíssimas, mediante forte argumentação e com ônus probatório do próprio Estado.[83]

2.2 A VINCULAÇÃO DOS ATORES ESTATAIS AOS DIREITOS SOCIAIS NA SUA DIMENSÃO DEFENSIVA

Passamos, agora, a tratar do tema que envolve a liberdade de atuação dos poderes públicos no que diz respeito com os direitos sociais, [84] ainda mais considerando o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, do que se revela, desde já, a tensão entre a liberdade de conformação dos Poderes do Estado, em especial o Legislativo na sua atuação de criador de leis, o que é garantido

---

[81] ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 76 – tradução livre.
[82] GOTTI, Alessandra. *Direitos Sociais*: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados, p. 77-78.
[83] Nesse sentido é o posicionamento de ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 92-116.
[84] E que igualmente é aplicável aos direitos econômicos, culturais e ambientais.

pelo princípio democrático, e a sua vinculação ao conteúdo da Constituição. Veja-se que essa tensão não é exclusiva dos direitos sociais, mas com estes torna-se mais evidente "em virtude de sua forma de positivação, sua maior dependência do desenvolvimento das tarefas estatais e de condicionantes fáticos."[85]

Assim, e para o que importa neste trabalho, devemos referir a existência de duas dimensões de eficácia jurídica, quais sejam, a negativa e a positiva. No tocante à dimensão negativa produzida pela norma constitucional em relação aos poderes públicos, aduz Clémerson Clève:

> As normas constitucionais sempre produzem uma "eficácia jurídica de vinculação" (decorrente da vinculação dos poderes públicos à Constituição), e, por isso, contam com aptidão para deflagrar, ao menos, os seguintes resultados: *(i)* revogam (invalidação decorrente de inconstitucionalidade superveniente) os atos normativos em sentido contrário; *(ii)* vinculam o legislador, que não pode dispor de modo oposto ao seu conteúdo (servem como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade do ato contrastante) *(iii)* "conferem direitos subjetivos negativos ou de vínculo (poder de se exigir uma abstenção ou respeito a limites)".[86]

O mesmo autor, no tocante à dimensão positiva, afirma que:

> Em virtude da "eficácia de vinculação", as normas: *(i)* informam o sentido da Constituição, definindo a direção do atuar do operador jurídico no momento da interpretação e da integração da Constituição (identificando-se o Estatuto Constitucional com um sistema, a rede de significação definidora do seu sentido – conteúdo – é formada por todas as normas constitucionais, inclusive, as de eficácia limitada); e *(ii)* condicionam o legislador, reclamando a concretização (realização) de suas imposições; se nem sempre podem autorizar a substituição do legislador pelo juiz, podem, por vezes, autorizar o desencadear de medidas jurídicas ou políticas voltadas para a cobrança do implemento, pelo legislador, do seu dever de legislar.[87]

---

[85] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 140.
[86] CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 320-321.
[87] CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 321.

Já pelo contido no art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, vemos que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (direitos fundamentais), aí incluídas as de caráter social prestacional, têm aplicação imediata, expressão essa que deve ser entendida como a "vinculação imediata do Estado (que deverá construir a decisão, com a produção ou reprodução do direito) e de particulares (que deverá cumprir o direito)".[88]

Por sua vez, Ingo W. Sarlet afirma que "o art. 5º, § 1º, da CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais", não podendo, contudo, ser aplicado "com a lógica do tudo ou nada", razão pela qual seu alcance dependerá do exame do caso em concreto, além de caber aos poderes públicos a tarefa e o dever de extrair a maior eficácia possível das normas que consagram os direitos fundamentais, "outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais". [89]

Portanto, desde já fica claro que qualquer ato emanado do poder público jamais será totalmente discricionário, porquanto deverá, sempre, ser em conformidade com a Constituição e em especial com os direitos fundamentais, que devem ser tomados como fundamento e referencial na sua atuação, além do que a atuação estatal deve ter por fim conferir-lhes a máxima eficácia possível.[90] E como resultado do sentido negativo do efeito vinculante decorrente do art. 5º, § 1º, da Constituição, os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos Poderes públicos.[91]

Sobre esse ponto, Konrad Hesse, ao discorrer sobre princípio do estado social, em lição que cabe perfeitamente ao Brasil, assevera:

> No estado de direito social, também a atividade configuradora e concedente dos poderes estatais deve ser "posta em forma", aqueles poderes estão juridicamente vinculados, não fica um âmbito ilimitado, não-vinculado, sem configuração, de beneficência, que seria um meio mais eficaz de exercício do poder ilegítimo do que ordem e coação. A atividade configuradora e concedente dos poderes estatais deve servir, à frente do objetivo, ao asseguramento da existência digna de um ser humano. Ele destina-se à igualdade no sentido de

---

[88] PANSIERI, Flávio. Eficácia e vinculação dos direitos sociais, p. 125.
[89] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 278-279.
[90] MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*, p. 358-360.
[91] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 384.

> coordenação social justa. Ele serve à liberdade que, depois do tempo, que nos separa do mundo liberal do século XIX, das mudanças radicais sociais e inflações, não mais é só uma questão de proteção diante de intervenções estatais, mas, simultaneamente, também, de uma eficácia estatal ampla, pela qual somente ela pode ganhar realidade.[92]

Nessa linha de entendimento segue José Carlos Vieira de Andrade, ao sustentar que "o poder legislativo deixou de corresponder à ideia de um soberano que se autolimita, devedor apenas de uma veneração moral ou política a uma Constituição distante da realidade e juridicamente débil", sendo "um poder 'constituído', obrigado a realizar certas tarefas, a respeitar limites e a acatar proibições, a prosseguir determinados fins e a usar modos específicos para atingir os objetivos que se propõe, a mover-se dentro do quadro de valores constitucionalmente definido."[93]

Evidente, então, que se o legislador deve obediência à Constituição, sua vinculação é maior em relação aos direitos fundamentais, exatamente em decorrência da sua eficácia vinculante.[94] Há, aqui, uma restrição material à liberdade de conformação do legislador na atividade de regulamentação e concretização dos direitos fundamentais.[95]

Ademais, como bem percebido por Carlos Bernal Pulido, ao analisar a tensão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais, entende ser o princípio (critério) da proporcionalidade o que confere maior racionalidade para solucionar tal problema, além de que a vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais completa-se com a submissão dos atos legislativos infraconstitucionais ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.[96]

A título de conclusão parcial, entendemos que o Poder Legislativo está submetido aos direitos fundamentais, que direcionam e limitam a sua liberdade de conformação na edição de leis, remanescendo, entretanto, autonomia para decidir a maneira com que devem ser realizados, cabendo ao Poder Judiciário solucionar os

---

[92] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 176.
[93]ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 206.
[94] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 384.
[95] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 385.
[96] BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 203-207.

conflitos decorrentes da tensão surgida entre os direitos fundamentais e o princípio democrático.

De outro lado, e até em razão de tudo o que já foi dito, o Poder Executivo e os órgãos executivos dos demais Poderes, bem como as pessoas jurídicas de direito privado quando de suas relações com particulares disponham de poderes públicos ou as pessoas jurídicas de direito público nas suas relações de direito privado, igualmente vinculam-se aos direitos fundamentais, [97] ao que devem dar cumprimento, dentro de suas competências e atribuições.

Quanto à questão do modo de como essa vinculação ocorre, e tendo em vista que a administração pública está, também, vinculada ao princípio da legalidade, há necessidade de alguns esclarecimentos.

Assim, inicialmente, temos que o cumprimento das leis pelos órgãos da administração deve, sempre, ter em conta os direitos fundamentais, em razão do que deverá adotar a interpretação mais compatível com eles,[98] até porque, caso isso não ocorra, poderá o ato ser invalidado pelo Poder Judiciário.

No que diz respeito com a possibilidade da própria administração pública realizar o controle de constitucionalidade de leis que violem direitos fundamentais, deixando, portanto, de aplicá-las, há divergências a respeito.

A título de exemplo, Jorge Miranda, refuta a possibilidade de que os órgãos da administração pública possam realizar essa fiscalização de constitucionalidade (a) pelas diferentes características da função jurisdicional e a administrativa, (b) em razão da necessidade de evitar a concentração de poder no Governo e (c) "por imperativos de certeza e insegurança jurídica."[99]

Posição diversa, ao menos em parte, é a de J. J. Gomes Canotilho, que sustenta ser possível a recusa da administração pública em aplicar uma lei se (a) sua aplicação resultar na prática de crime, em especial quando houver ofensa à vida e à integridade do indivíduo, e (b) violarem o núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente quando levarem ao aniquilamento dos direitos à vida e à integridade pessoal, sendo que em tais situações o autor português considera essas leis inexistentes.[100]

---

[97] MIRANDA, Jorge, *Direitos fundamentais*, p 362.
[98] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 443.
[99] MIRANDA, Jorge, *Direitos fundamentais*, p. 363-364.
[100] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 444.

Ainda, cabe referir a posição de José Carlos Vieira de Andrade, relativamente diversa da anterior, o qual sustenta ser possível a recusa de aplicação da lei pela administração pública quando houver uma evidente ofensa a direito fundamental, sendo que tal decisão deverá ser adotada levando em conta o critério da proporcionalidade.

Já Ingo W. Sarlet, que segue a linha das posições que sustentam a possibilidade mitigada da administração pública analisar a constitucionalidade da lei e decidir pela sua não aplicação, sustenta que quanto menos os órgãos da administração se sujeitarem às leis, tanto mais deverá ser a necessidade deles observarem os direitos fundamentais, concluindo que isto significa "que, nas hipóteses de uma maior fragilidade do princípio da legalidade, o conflito desta com o princípio da constitucionalidade acaba por resolver-se tendencialmente em favor da última". Observa, ainda, que a aplicação de tal entendimento aos direitos fundamentais sociais deve-se dar com cautela, pois não há como negar uma redução do poder de controle exercido pela administração pública, por não se estar diante de hipótese em que esteja em risco a vida ou a integridade do indivíduo. Ademais, quanto aos direitos sociais prestacionais, afirma que em geral encontram-se contidos em regras de eficácia limitada, em razão do que o efeito vinculante é mais reduzido, "não podendo esquecer que o grau de vinculação se encontra em estreita relação com o grau de densidade normativa da norma impositiva em questão", e que por menor que seja a eficácia vinculante, a administração pública encontra-se obrigada a levar em conta, dentro de sua discricionariedade, "as diretrizes materiais contidas nas normas de direitos fundamentais a prestações."[101]

Por último, parece-nos adequada a afirmação de Flávio Pansieri, que se complementa com a de Ingo W. Sarlet, de que:

> (...) como importante ressalva fica a necessidade de se considerar que a discricionariedade não é a capacidade que o agente possui de escolher qualquer medida a ser tomada, mas sim de implementar com certo grau de opção o preceito legal constitucional a ser atingido. Assim esta opção de metas estará condicionada sempre a melhor medida a ser tomada, podendo o judiciário, quando encontre fundamentos para tanto interferir na legitimidade do ato administrativo, que por sua vez, comumente se confunde com o mérito

[101] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 389.

> administrativo.
> O mesmo ocorre com os conceitos jurídicos indeterminados, que têm em comum com a discricionariedade a circunstância de ser, em ambos, importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõem padrões rígidos de atuação e efetivação das normas.[102]

Agora, como posição pessoal, e na linha dos entendimentos de Ingo W. Sarlet e Flávio Pansieri, temos que a administração pública, por também estar vinculada aos direitos fundamentais, pode analisar a constitucionalidade de leis que lhes ofendam, quando sua aplicação resultar em grave dano físico ou mental[103] à pessoa humana. Além disso, ao praticar atos administrativos discricionários e interpretar conceitos jurídicos indeterminados, deverá levar em consideração os direitos fundamentais e tentar, na maior medida possível, concretizá-los.

De outro lado, cabe ainda analisarmos a questão da vinculação dos órgãos do Poder Judiciário (juízes e tribunais) aos direitos fundamentais.

Para J. J. Gomes Canotilho, o poder judicial vincula-se aos direitos fundamentais, o que se dá por meio da própria constitucionalização da organização desse Poder e do procedimento judicial. Ainda, os direitos fundamentais, a organização e o procedimento realizam uma eficácia recíproca, na medida em que a organização e o procedimento devem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais, enquanto que estes influenciam a organização e o procedimento. Para ele, os direitos fundamentais também vinculam os atos jurisdicionais como norma de decisão, que atuam como medidas de decisão material-jurisdicional.[104]

Veja-se que há uma dupla vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais, já que ela se dá tanto na realização de uma atividade meramente administrativa quanto na função jurisdicional,[105] indo além da mera submissão à Constituição e, por consequência, aos direitos fundamentais, resultando na possibilidade de controle dos atos praticados pelos órgãos estatais. E é nesse contexto que Ingo W. Sarlet sustenta que "são os próprios tribunais, de modo especial a Jurisdição Constitucional por intermédio de seu órgão máximo, que

---

[102] PANSIERI, Flávio. Eficácia e vinculação dos direitos sociais, p. 159.
[103] Temos como necessário reconhecer que um dano à capacidade psíquica de uma pessoa pode ser tão ou mais grave que uma violação de sua integridade física.
[104] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 446-447.
[105] PANSIERI, Flávio. Eficácia e vinculação dos direitos sociais, p. 164.

definem, para si mesmos e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e sentido 'correto' dos direitos fundamentais".[106] Seguindo essa linha, Jorge Miranda aduz que a vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais traduz-se, positivamente, na interpretação, integração e aplicação de modo a conferir-lhes a máxima eficácia possível, dentro do sistema jurídico, bem como, negativamente, na aplicação dos preceitos legais que não os respeitem, por meio dos instrumentos e técnicas de apreciação da inconstitucionalidade material mais exigentes.[107]

Destaque-se, também, que juntamente com o dever dos tribunais interpretarem e aplicarem os direitos fundamentais há o dever de suprir eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, além de, por estar vinculado à Constituição e às leis, de forma simultânea, o Poder Judiciário tem o poder-dever de não aplicar as normas inconstitucionais.[108]

Já quanto aos direitos a prestações, o autor gaúcho sustenta uma vinculação menos intensa dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais, resultado da menor densidade normativa destas normas no âmbito constitucional, em razão de estarem inseridas em normas de eficácia limitada, as quais necessitam ser concretizadas por via de lei. Por isso, a decisão judicial que afastar a aplicação de um ato por afronta aos direitos fundamentais de caráter prestacional deverá, necessariamente, considerar a maior liberdade de conformação do legislador neste tema, "de tal sorte que a não aplicação da lei ou a declaração de inconstitucionalidade não parece justificada para além daquele grau mínimo de concretização (...) inerente à norma constitucional erigida como parâmetro do controle." E no campo das omissões legislativas, que os órgãos judiciais poderão sindicar se a inconstitucionalidade por omissão "é proporcional em relação ao grau de densidade normativa da norma impositiva ou programática e, portanto, ao grau de dependência que esta gera para o legislador."[109]

Concluindo, e aderindo ao posicionamento de Ingo W. Sarlet, temos que também os órgãos judiciais estão vinculados às normas de direitos fundamentais, possuindo o poder-dever de, legitimamente, afastar a aplicação das leis inconstitucionais ou o ato da administração pública que seja violador da

[106] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 390.
[107] MIRANDA, Jorge, *Direitos fundamentais*, p. 364-365.
[108] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 390-391.
[109]SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 391.

constituição. E em relação às omissões legislativas, há o poder-dever de colmatar as lacunas delas decorrente, inclusive em relação aos direitos fundamentais que possuem uma menor densidade normativa, como os direitos sociais de caráter prestacional, sendo que nessas situações a inconstitucionalidade a ser reconhecida deve limitar-se ao necessário para concretizar minimamente a norma constitucional.

2.3 LIMITES À PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E O CONTROLE JURISDICIONAL DE MEDIDAS RETROCESSIVAS – CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO

Feita a delineação do que entendemos como sendo o princípio da proibição de retrocesso social, temos que demonstrar como dar-se-á a aplicação desse princípio, ou seja, apresentar uma dogmática adequada para tanto.

Bem demonstra esse problema o trabalho elaborado por Rodrigo Uprimny e Diana Guarnizo, em que foi apresentada a trajetória dos julgamentos realizados pela Corte Constitucional da Colômbia, que iniciou considerando a proibição de retrocesso social como sendo uma “mera expectativa”, passou a ser utilizado como uma “regra absoluta” (com direito a determinado regime), e, com vacilações, passou a considerá-la como o reconhecimento de expectativas legitimamente protegidas que *prima facie* devem ser respeitadas (busca-se garantir uma proteção o mais plena possível ao princípio da proibição de retrocesso social, sem desconhecer a importância do contexto econômico e submeter a legislação a um congelamento). Ainda, sustentam que um dos acertos da jurisprudência analisada foi deixar claro que há uma consciência crescente de que as categorias jurídicas tradicionais (que tendem a ser dicotômicas) são insuficientes para solucionar os casos envolvendo a regressividade de direitos sociais, além de afirmarem as dificuldades que a Corte Constitucional da Colômbia teve com a utilização desse princípio e que, apesar das inovações metodológicas trazidas pela referida Corte, está-se diante de um campo dinâmico de inovação.[110]

De outra banda, sendo a proibição de retrocesso social um princípio, ele não

[110] UPRIMNY, Rodrigo; GUARNIZO, Diana. ¿Es posible uma dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre, nº 3, p. 37-64, abr./jun., 2008.

pode ser utilizado da maneira do tudo ou nada, como se fosse uma regra, sendo necessário seguir um percurso adequado quando de sua utilização.[111] Além disso, como entendemos que ele é um princípio que tem a função primordial de servir de *alerta/guia* para a averiguação da (in)constitucionalidade de uma medida legislativa ou de um ato retrocessivo emanado de órgãos administrativos, além de estar (implicitamente) contido no critério da proporcionalidade, ele necessita utilizar-se de outros métodos para aferir sua violação.

Por sua vez, como o princípio da proibição de retrocesso social é norma jusfundamental que não confere direitos fundamentais específicos, apenas ordenando a proteção de direitos sociais ao vedar que se efetue um retrocesso da densificação normativa infraconstitucional de tais direitos, tendo Luísa Cristina Pinto e Netto afirma que as colisões envolvendo este princípio igualmente envolvem direitos sociais, devendo ser analisadas como restrições a direitos fundamentais.[112]

Acresça-se, ainda, que para os métodos auxiliares do princípio da proibição de retrocesso, a serem vistos nos próximos itens deste trabalho, todos terão em comum a necessidade de apresentar uma forte argumentação, sendo que o ônus probatório dos argumentos para a aceitação da lei ou ato administrativo retrocessivos sempre será do Estado.[113]

2.3.1 Segurança jurídica com destaque à proteção de confiança

O princípio do Estado de Direito trouxe a ideia de que o poder estatal deve ser exercido por meio de ações que respeitem o ordenamento jurídico estabelecido, em especial a Constituição. Inicialmente relacionado com aspectos meramente formais, a expressão Estado de Direito teve seu significado e sentido alterado após a Segunda Grande Guerra, quando também passa a ser considerado seu aspecto

---

[111] A esse respeito, é comum vermos decisões judiciais em que o princípio da proibição de retrocesso social é afastado, sem uma análise mais profunda do caso e sem sua adequada utilização, como podemos ver no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 5006830-2015.4.04.71101/RS, feito pela Turma Regional de Uniformização (Cível) do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, envolvendo as exigências mais gravosas estabelecidas pela Medida Provisória nº 665/14, para fins de obtenção do benefício de seguro-desemprego. Observe-se, ainda, que também a doutrina, muitas vezes, refere a existência do princípio em questão, sem, contudo, descrever como será feita sua aplicação.

[112] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 197.

[113] SEPÚLVEDA, Magdalena. La interpretación Del Comite de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión “porgresivamente, p. 135 e segs.

material, pois se percebeu que não era suficiente a mera observância das leis. O Estado de Direito, então, deveria ter como fim a aplicação das leis com justiça, sendo que para isso ele passa a ter de observar os ditames da Constituição, especialmente os que se referem aos direitos fundamentais. E diante da consagração do Estado de Direito em seu aspecto material, passam os direitos fundamentais a serem "enxergados como uma parte integrante indispensável do seu conceito."[114]

Direta ou indiretamente, do princípio do Estado de Direito são extraídos vários outros princípios, como a proporcionalidade, o direito a um procedimento honesto, a segurança jurídica[115] e a proteção de confiança. [116]

Para Heleno Taveira Torres, a segurança jurídica é um conceito polissêmico, de difícil definição, sendo que no tocante aos seus aspectos funcionais afirma que:

> concorre para o aperfeiçoamento permanente do Estado Democrático de Direito (...), na medida em que a segurança jurídica tem por finalidade reduzir as incertezas decorrentes do ordenamento e preservar a confiança gerada sobre seu *bom funcionamento*, sem concessões para subjetivismos e tratamentos diferenciados, exceto nos casos autorizados pela Constituição.[117]

Saliente-se que a segurança jurídica, por ser um elemento do Estado de Direito, tem como "fim que na medida do possível o cidadão possa pressupor e calcular com tempo a influência do Direito em seu comportamento individual", o que resulta na confiança no direito estabelecido.[118] ou, nas palavras de J. J. Gomes Canotilho, o "homem necessita da *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente sua vida." O autor português esclarece que a segurança jurídica e a proteção de confiança "exigem, no fundo: "(1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e

---

[114] ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção de confiança*: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009, p. 39.
[115] ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 225.
[116] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 158-159.
[117] TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica*: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 192-193.
[118] BENDA, Ernest. El Estado social de derecho. In: BENDA, Ernest. et. al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 507.

nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos.” [119]

Já Valter Shuenquener de Araújo sustenta que “a base de confiança é (...) a medida estatal que atinge o particular” e que para existir uma confiança digna de tutela é necessária a manifestação de vontade do Estado. [120]

Por isso que, como assevera Hartmut Maurer, o princípio da proteção de confiança parte da perspectiva do indivíduo, que exige seja considerada a sua confiança na existência das regulações estatais e na segurança da atuação estatal. Então, o objetivo da proteção de confiança é a persistência de atos jurídicos estatais ou, pelo menos, a edição de regulações transitórias moderadas ou a concessão de uma indenização (compensação) em caso de inobservância do princípio em análise.[121]

A mesma linha segue Luísa Cristina Pinto e Netto, que visualiza a proteção de confiança como “uma vertente subjetiva que protege o indivíduo permitindo-lhe confiar no Direito estabelecido, com fundamento na ideia de boa-fé, vedando que o Estado atue de má-fé diante dos atos que se fiam no Direito.”[122]

Embora umbilicalmente conectadas, vemos que a segurança jurídica e a proteção de confiança não se confundem. Para bem especificar cada um desses princípios, Humberto Ávila formulou os seguintes critérios para diferenciá-los:

> (a) *âmbito normativo* – enquanto o princípio da segurança jurídica diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo, focando o âmbito macrojurídico, o princípio da confiança legítima relaciona-se com um aspecto normativo do ordenamento jurídico, enfatizando um âmbito microjurídico; (b) *âmbito pessoal* – enquanto o princípio da segurança jurídica representa uma norma objetiva, não necessariamente vinculada a um sujeito específico, o princípio da confiança legítima protege o interesse de uma pessoa específica; (c) *nível de concretização* – enquanto o princípio da segurança jurídica refere-se, primordialmente, ao plano abstrato, o princípio da confiança legítima pressupõe o nível concreto de aplicação; (d) *amplitude subjetiva de proteção* – enquanto o princípio da segurança jurídica serve de instrumento de proteção de interesses coletivos, o princípio da confiança legítima funciona como meio de

[119] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 257.
[120] ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção de confiança*, p. 83.
[121] MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 60-61.
[122] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio da proibição de retrocesso social*, p. 212.

> proteção de interesse(s) individual(is); (e) *protetividade individual* – enquanto o princípio da proteção da segurança jurídica é neutro com relação ao interesse dos cidadãos, podendo tanto ser usado em seu favor quanto em seu desfavor, o princípio da proteção de confiança só é utilizado com a finalidade de proteger os interesses daqueles que se sentem prejudicados pelo exercício passado de liberdade juridicamente orientada.[123]

J. J. Gomes Canotilho, embora reconheça que alguns autores entendam que a proteção de confiança é um subprincípio da segurança jurídica,[124] também os diferencia, considerando que a segurança jurídica está conectada com elementos objetivos da ordem jurídica (como a garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito) enquanto que a proteção de confiança está mais ligada com os componentes subjetivos da segurança, especificamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos no tocante aos efeitos jurídicos dos atos estatais.[125]

Pelo que foi colocado, percebemos que o retrocesso da legislação ou de atos administrativos envolvendo direitos sociais, por afetarem as expectativas de cada pessoa, envolve o princípio da proteção de confiança. E mesmo nesses casos devemos reconhecer que, igualmente, a segurança jurídica, considerada como princípio, é afetada.

De outro lado, as medidas retrocessivas, reafirme-se, devem garantir a segurança jurídica, ser proporcional com os fins almejados e, sendo derivadas do Poder Legislativo, os debates envolvendo a questão devem ser os mais transparentes e públicos possíveis[126] e os textos normativos claros e com período adequado de *vacatio legis*. De tais medidas de caráter objetivo decorre a necessidade de se atentar para a proteção de confiança, de caráter subjetivo, direcionada para a garantia de situações individuais,[127] em especial ao direito adquirido, o que, como dissemos antes, está fora do alcance deste trabalho.

Veja-se que Jorge Reis Novais sustenta a necessidade de ser realizada uma

---

[123] ÁVILA. Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 381.
[124] Nesse sentido, CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 266.
[125] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 257.
[126] SUÁREZ FRANCO, Ana Maria. Los limites constitucionales a las medidas regresivas de carácter social em Alemania, p. 385.
[127] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio da proibição de retrocesso social*, p. 212.

ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da proibição de confiança, de um lado, a fim de verificar se eles merecem prevalecer, com o afastamento da nova legislação, e, do outro lado, os fundamentos justificadores da alteração legislativa e as consequências que isso irá acarretar. Ainda, tal ponderação deverá ser realizada levando em conta se as normas são retroativas, do que decorreria sua invalidade (exceto se fossem mais benéficas), ou se é direcionada a situações futuras ou que tiveram início sob a égide de norma anterior. Sobre esse tema, Jorge Reis Novais aduz:

> Em primeiro lugar, o interesse público prosseguido pelo legislador tem de superar o peso das expectativas dos particulares na continuidade de um dado quadro legislativo e, na correspondente ponderação a que há de proceder, têm de ser tidas em conta, de um lado, a legitimidade, solidez e relevância dessas expectativas e, com um sentido oposto, a importância ou premência de realização do interesse público prosseguido pelo legislador. Em caso de dúvida, tenderá a prevalecer a opinião do legislador, dado que, como dissemos, a avaliação judicial do peso do interesse público não pode ignorar a ampla margem de conformação que deve ser reconhecida ao legislador em Estado de Direito Democrático. Em contrapartida, essa margem de conformação será substancialmente reduzida se em causa estiverem, do lado dos particulares, expectativas relacionadas com a salvaguarda de direitos fundamentais, caso em que o próprio legislador está constitucionalmente vinculado à respectiva observância. Em segundo lugar, e assente que seja, em termos globais, a prevalência da realização do interesse público sobre as expectativas dos particulares, ainda assim será necessário verificar se a afetação correspondente observou as diferentes exigências do princípio da proibição do excesso, desde a aptidão à indispensabilidade, proporcionalidade e razoabilidade. É precisamente aí que, por exemplo, a necessidade de disposições transitórias que salvaguardem as posições vindas do passado (sempre que tal não se traduza na multiplicação incomportável de diferenciações eventualmente violadoras do princípio da igualdade) ou compensações indenizatórias atenuadoras do sacrifício imposto se podem revelar como impreterivelmente exigidas. A não observância da indispensabilidade na afetação das expectativas dos particulares determinará inconstitucionalidade por força da aplicação combinada dos

princípio da proibição de excesso e da proteção da confiança.[128]

A mesma linha segue Ingo W.Sarlet, ao sustentar que, igualmente, no campo da proibição de retrocesso:

> (...) a noção de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual. Com efeito, a partir do princípio da proteção de confiança, eventual intervenção restritiva no âmbito de posições jurídicas sociais exige, portanto, uma ponderação (hierarquização) entre a agressão (dano) provocado pela lei restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade."[129]

Ademais, do que foi exposto deflui a necessidade de se garantir um grau razoável de previsibilidade da atuação estatal, em face do que, além das medidas retrocessivas não poderem atingir situações jurídicas consolidadas (caso do direito adquirido), será preciso apresentar fortes argumentos no sentido de justificar a necessidade da reversão dos direitos sociais[130] por tais medidas e estabelecer regras de transição, a fim de preservar o máximo possível as expectativas daqueles que terão suas esperanças frustradas.

Portanto, não resta vedado retrocesso envolvendo prestações de caráter social, sendo que as medidas retrocessivas deverão, entre outras exigências, atentar para a máxima preservação dos princípios da segurança jurídica e da proteção de confiança.

2.3.2 Proibição de discriminação

A proclamação fática do princípio da igualdade remonta à época da Revolução Francesa, sendo que neste período ele possuía uma finalidade bastante precisa, que era a eliminação do regime ou estrutura social que vigorava naquele momento.[131] Diferentemente, nos dias atuais, o princípio em questão extrapola os

---

[128] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 269).
[129] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 474.
[130] |O que também aplicável aos direitos econômicos, culturais e ambientais.
[131] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, 2º vol., p. 6.

estreitos limites de sua aplicação inicial, sendo utilizado como forma de eliminação de injustiças sociais.

Normas de caráter isonômico foram incluídas em todas as Constituições brasileiras, sendo que na atual Carta Política o princípio da igualdade encontra-se estabelecido de forma genérica,[132] no *caput* do art. 5º. É, sem dúvida, "um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais",[133] devendo ele ser utilizado tanto no momento da aplicação do direito quanto no momento da criação da norma jurídica.

A igualdade formal é decorrência direta do sentido que o liberalismo dos séculos XVIII e XIX atribuiu ao princípio isonômico, sendo que nesse período o princípio se restringia à proibição de discrímen num ordenamento normativo (igualdade perante a lei), estando direcionado apenas aos aplicadores das normas jurídicas, aos órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, não ao Legislativo que elaborava as leis. Vedava-se, assim, a prática pela Administração e pela Justiça de atos que diferenciassem o que a lei igualizou.

Nesta forma inicial, o princípio da igualdade não era violado quando o legislador elaborava leis que criavam discriminações muitas vezes geradoras de desigualdades, pois se estava tratando *igualmente os iguais e desigualmente os desiguais perante a lei*, não havendo possibilidade de se adentrar no questionamento da justiça da desigualdade criada pelo legislativo.

A respeito da igualdade formal, assim se expressa Carlos Roberto de Siqueira Castro:

> Seu elemento teleológico cinge-se a exigir igual tratamento normativo para todos quanto estejam em idêntica situação de fato, nada aduzindo acerca do grau de justiça e moralidade das relações humanas no contexto social. (...) a simples observância do cânone da similaridade 'lei igual para os iguais' e aos direitos e garantias elencadas na Constituição foi sempre o que bastou para se emprestar validade constitucional às deliberações classificatórias do ente estatal.[134]

---

[132] São preceitos específicos que envolvem o princípio da igualdade no Texto Constitucional, entre outros, os arts. 3º, IV, 5º, I e VIII e 7º, XXX e XXXI.
[133] CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 426.
[134] CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 70.

Com o surgimento e desenvolvimento do Estado Social, suplantando o Estado Liberal que até então imperava, a concepção do princípio da igualdade como sendo meramente formal (igualdade perante a lei) não mais bastava em face da nova realidade existente. Daí que, o princípio isonômico, mesmo permanecendo idêntico nos textos constitucionais, sofreu alteração em sua interpretação, passando a ser entendido como destinado também ao legislador, que não poderia editar leis que diferenciassem o essencialmente igual e igualassem o essencialmente diferente.

Nesse sentido é a análise feita por Paulo Bonavides, para quem:

> (...) o sobredito princípio, permanecendo idêntico no texto constitucional, sofreu, contudo, uma variação interpretativa substancial, visível principalmente nas Constituições de Weimar e Bonn. Traduzia-se essa variação na versão nova de que a igualdade vinculava também o legislador, vedando-lhe elaborar leis em que o essencialmente igual fosse tratado de modo desigual e o essencialmente desigual, de maneira igual. Estabelecera-se, assim, por via hermenêutica, um limite considerável à ação do Estado em termos jurídicos. Era, em suma, a proporcionalidade na aplicação social do Direito, o reconhecimento de que na esfera jurídica a igualdade estará sempre acompanhada da desigualdade para lograr-se, então, a igualdade justa.[135]

Veja-se que pelo princípio da igualdade (no seu sentido material) é permitido ao legislador, na elaboração de uma lei, "discriminar situações, desde que não erija em critério diferencial, nem um traço tão específico que singularize o seu destinatário, nem um fato havido pelo sistema constitucional como insusceptível de aceitar distinções."[136]

Desta forma, o legislador, ao estabelecer um critério diferencial também deverá sempre ter em mente a finalidade visada, para que exista uma perfeita correlação entre o critério de discrímen estabelecido e o objetivo almejado. Não existindo essa correlação lógica entre o meio e o fim (critério de discrímen e finalidade a ser alcançada), será a lei tida como inconstitucional, por violação ao princípio da igualdade.

Questão de grande importância é de saber quando há a referida correlação

---

[135] BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 125.
[136] CUNHA, Elke Mendes; FRISONI, Vera Bolcioni. Igualdade: extensão constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 16, p. 248-267, jul./set., 1996.

lógica entre o critério discriminador estabelecido na lei e o fim almejado, resposta essa que somente poderá ser obtida com a análise do caso concreto. Porém, certo é que estará sendo violado o princípio da igualdade quando a diferenciação de tratamento surgir como arbitrária,[137] sempre tendo em mente o objetivo a ser alcançado pela lei.

Assim, estará a lei utilizando um critério arbitrário, um fundamento irrazoável, quando estabelece uma idade limite (por exemplo 40 anos) para uma pessoa se inscrever em um concurso público para o preenchimento de cargo relativo à fiscalização tributária. Nesse caso, não é razoável o estabelecimento da idade máxima em questão, já que a limitação imposta (faixa etária) não pode ser tida como requisito necessário para o efetivo desempenho das atribuições do cargo.

A propósito da análise a ser feita com o objetivo de verificar da inconstitucionalidade de uma norma por ofensa ao princípio da igualdade, refere Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:
> I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.
> II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator 'tempo' – que não descansa no objeto – como critério diferencial.
> III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrímen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.
> IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrímen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados.
> V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita.[138]

---

[137] CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 428.

[138] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 47-48.

Logo, vemos que com a violação do princípio da igualdade surge uma discriminação indevida, tendo Jorge Miranda afirmado que "discriminadas sãos as pessoas a que não são conferidos os direitos atribuídos ao conjunto das pessoas ou a quem são impostos deveres, ónus, encargos não impostos às outras pessoas."[139]

Nesse contexto, em decorrência de medidas retrocessivas, os direitos sociais envolvidos devem continuar a ser adensados de forma a atender o princípio da igualdade material, do que não decorre, necessariamente, um tratamento igualitário. Caso contrário, serão consideradas inválidas.

De outro lado, Luísa Cristina Pinto e Netto, fundada nos ensinamentos de Robert Alexy, sustenta ser possível que uma medida retrocessiva afronte o princípio da igualdade formal, desde que a justificativa para tanto seja o de corrigir uma desigualdade material. Porém, parece-nos que em termos de direitos sociais se essa for a única causa para a redução desse direito, embora possa não haver violação ao princípio da igualdade material, possivelmente melhor sorte não teria na realização do teste da proporcionalidade, próximo item deste trabalho. [140] Ressalte-se, também, que aderimos à posição que sustenta que o princípio da proibição de retrocesso social não pode ser invocado para a manutenção de privilégios, em razão do que podem ocorrer retrocessos, desde que ressalvado o núcleo essencial do direito fundamental envolvido[141] e preservado o mínimo para uma existência digna.

Temos que ainda merece análise a questão envolvendo as medidas retrocessivas que venham eliminar ações afirmativas, as quais estabeleceram políticas públicas específicas, envolvendo direitos sociais, para um determinado grupo de pessoas, sob a justificativa da necessidade de equipará-los com o restante da sociedade. Nesses casos, já atingido o seu fim, que é o de conferir uma igualdade material a determinado extrato da sociedade, é correta e não violadora do princípio da igualdade material a medida que vier a desfazer o benefício.[142]

Logo, finalizando esse ponto, podemos afirmar que medidas retrocessivas

---

[139] MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*, p. 302.

[140] Observe-se que não desconhecemos a existência de injustiças envolvendo o fornecimento de prestações sociais e as dificuldades financeiras pela qual passa o Estado brasileiro, o que justifica a correção de tais anomalias, ainda mais quando consideramos que, por força da Constituição, somos um Estado (materialmente) Social e que por isso, como bem coloca Ernest Benda, em razão da "condição limitada dos recursos públicos se priva os necessitados daquilo que percebe quem não necessita." (BENDA, Ernest. El Estado social de derecho, p. 549).

[141] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio da proibição de retrocesso social*, p. 209.

[142] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio da proibição de retrocesso social*, p. 209-210.

envolvendo direitos sociais são admissíveis, desde que não realizem uma discriminação indevida ou pratiquem uma arbitrariedade, especialmente levando em conta a característica de Estado (materialmente) Social posto pela nossa Constituição.

2.3.3 Proporcionalidade

Um dos critérios ou parâmetros a ser utilizado na aferição da validade da mudança legislativa ou do ato administrativo (se ela implica ou não retrocessão em matéria de direitos sociais), ou seja, se esta alteração legislativa vai permanecer ou não, colocando o princípio da proibição de retrocesso social em um plano subsidiário, de forma a implantar a medida retrocessiva, é o da proporcionalidade.

Cumpre ressaltar que o critério[143] da proporcionalidade em sentido amplo, apresenta como subcritérios a idoneidade/aptidão/adequação, a necessidade e a proporcionalidade propriamente dita.

Ainda, atender a proporcionalidade implica a existência de uma relação adequada entre os meios utilizados e o fim pretendido, conforme lembra Paulo Bonavides.[144] A sua aplicação surgiu no direito administrativo, na parte referente ao direito de polícia administrativa,[145] tendo especial relevância na aplicação dos

---

143 Saliente-se que não consideramos a proporcionalidade com um princípio. Isso porque, considerando a teoria formulada por Robert Alexy, a respeito de princípios e regras, temos não é possível a utilização da proporcionalidade na forma da "maior medida possível". Em realidade, aplica-se ou não a proporcionalidade. Por sua vez, a proporcionalidade também não é uma regra, porquanto na sua utilização há três subcritérios, nenhum dos quais capaz de produzir direito, regular um comportamento ou promover um fim, sendo que o último deles pode resultar em um afastamento (até onde for necessário) de um outro princípio. Embora não com a mesma terminologia aqui adotada, Humberto Ávila coloca a proporcionalidade como sendo um postulado normativo, que se situa em um plano diverso dos princípios, tendo como fundação estabelecer a estrutura de aplicação das normas jurídicas (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 175 e segs.)

144 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 393.

145 Carlos Bernal Pulido faz importante estudo a respeito da gênese e evolução do que chama de princípio da proporcionalidade no direito público europeu. Refere que o conceito remonta ao contratualismo jusnaturalista, "concebendo o homem como um ser dotado de liberdade, um atributo que lhes pertencia desde antes da conformação das associações políticas". Ainda, lembrando Locke, refere que o homem é "senhor absoluto de sua própria pessoa"; não sendo somente livre, senão podendo exercer a liberdade sem nenhum limite. No entanto, o exercício irrestrito dos poderes, das liberdades, encontra-se limitado (e agora utilizando o autor espanhol de uma expressão Kantiana) pelo "poder de império da lei do mais forte". Ainda, ele menciona que do "mito fundacional do Estado, depreende-se os pressupostos filosófico-políticos mais importantes do princípio da proporcionalidade, quais sejam, como bem inerente ao indivíduo e também como uma faculdade estatal de interferir na liberdade apenas em casos excepcionais, necessários, com uma "magnitude imprescindível para satisfazer as exigências derivadas dos direitos dos demais e dos interesses

direitos fundamentais.

Especificamente em Portugal, lembra Luísa Cristina Pinto e Netto,[146] que a Constituição da República Portuguesa de 1976 passou a consagrar o princípio da proibição de excesso a partir da revisão em 1982 (art. 18) e a proporcionalidade apenas alguns anos depois (na revisão de 1989), no art. 19.

Ponderação e proporcionalidade são indissociáveis na compreensão dos direitos fundamentais em um modelo baseado em princípios e regras, como no caso do Brasil, em que "a existência do nível dos princípios desemboca num âmbito de proteção inicial amplo", o qual gera inevitáveis colisões entre direitos fundamentais diversos e entre estes e outros direitos constitucionais, sendo que é pela ponderação e aplicação do critério da proporcionalidade que se solucionam as colisões entre princípios. [147]

Veja-se, outrossim, que Carlos Bernal Pulido salienta a ideia de proibição de excesso como proporcionalidade no que diz respeito aos direitos de liberdade e à ideia de proibição de proteção insuficiente no que se refere aos direitos a prestações, chamando a atenção para a existência de casos simples e de casos mais complexos para a conclusão do afastamento ou não da mudança legislativa relacionada com o direito social. [148]

---

essenciais da comunidade". Também é destacado o relevante papel da Prússia no desenvolvimento da proporcionalidade, lembrando a figura de Carl Glottlieb Svarez, que esboçou os "subprincípios" (subcritérios para nós) da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, conhecendo, a partir daí, a proporcionalidade uma expansão no direito público europeu (PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 38-55).

[146] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, p. 199-200.

[147] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, p. 200.

[148] Carlos Bernal Pulido, em relação à intervenção legislativa nos direitos fundamentais e sua configuração, esclarece que "o desenvolvimento de um direito fundamental é uma regulação que se caracteriza por três propriedades alternativas: (1) afeta de maneira geral o direito fundamental; (2) o afeta de forma muito intensa ou (3) afeta posições muito fundamentais ou de grande significado – no sentido rawlsiano – material no direito. Com fundamento nestas três propriedades, nos situamos no ponto de vista do Tribunal Constitucional, é possível detectar a existência de casos claros e casos duvidosos, tanto de simples regulação quanto de evolução, crescimento, com o fim de precisar quando as intervenções legislativas nos direitos fundamentais devem ter o caráter de lei orgânica. Um caso claro de evolução, desenvolvimento se apresenta quando existe a certeza de que o legislador estabelece um regime geral de um direito fundamental (critério 1), o afeta de maneira muito intensa (critério 2) ou regula posições muito fundamentais (critério 3). Pelo contrário, o Tribunal se situa frente a um caso claro de simples regulação quando resulta evidente que o legislador tenha disciplinado apenas alguns aspectos parciais do direito (critério 1) ou o fez de maneira pouco intensa (critério 2) e afetou apenas umas posições pouco fundamentais (critério 3). Entre esses dois extremos de casos claros, há casos difíceis em que existem dúvidas razoáveis acerca do cumprimento de alguma das exigências desses três critérios. Nos casos difíceis, o Tribunal Constitucional deve ponderar dois princípios em colisão: por um lado, o princípio da máxima garantia dos direitos fundamentais, que fala a favor de considerar as afetações duvidosas como afetações gerais, muito intensas e muito fundamentais e, de outra parte, o princípio democrático, a favor de considerar essas afetações como

Assim, para que se possa aferir a constitucionalidade do afastamento do princípio da proibição do retrocesso social e seus efeitos sobre o direito social, deve-se usar como ponto de partida a proporcionalidade em sentido amplo como proibição de uma proteção deficiente,[149] isto é, se a alteração legislativa não confere uma efetiva proteção ao direito social, em princípio, não será aplicada, sob pena de ser aceita uma medida retrocessiva e prejudicial aos direitos fundamentais. Para isso, deve-se considerar a proporcionalidade da medida com base nos três subcritérios ou subparâmetros referidos.

O primeiro deles se refere à idoneidade, aptidão ou adequação. Representa a relação entre a medida estatal adotada e o fim colimado, lembrando Luísa Cristina Pinto e Netto que "não se trata de uma valoração axiológica acerca da bondade da medida, mas de verificar se esta, objetiva e comprovadamente, é útil para a concepção do fim", ressaltando que o legislador possui um campo definido de atuação estabelecido constitucionalmente, podendo atuar dentro daquilo que não for imposto ou proibido pela Constituição, buscando finalidades permitidas e eleitas como dignas de tutela. [150]

Aqui, tem-se, de um lado, o princípio de proibição de retrocesso social e, de outro, a liberdade de conformação do legislador ou a discricionariedade da administração, devendo ser examinado se a medida retrocessiva constitui o meio para atingir um fim (constitucionalmente aceito e idôneo, pertinente para a sua consecução). Cumpre ressaltar que há diversas discussões a respeito sobre a intensidade da relação entre o meio e a consecução do fim, sendo que é exigido "que o meio contribua para a obtenção do fim, o meio tem que ser idôneo, não se impondo que seja o mais idôneo, o que se coaduna com a preservação da competência legislativa", em razão do que são afastadas apenas as medidas neutras ou negativas.[151]

Quanto ao retrocesso, o cerne da questão está em que os fins colimados pelo legislador sejam legítimos diante da Constituição e que os meios (a medida retrocessiva) fixados sejam efetivamente aptos para atingir esse fim, qualificado

---

parciais, pouco intensas e pouco fundamentais, para que não se imponha à lei, o dever de ser uma lei orgânica." (PULIDO, Carlos Bernal. . *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 680-681 – tradução livre).

[149] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, p. 202.

[150] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, p. 202 e 203.

[151] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, p. 203.

como aceito constitucionalmente.

O segundo subcritério diz respeito à necessidade ou imprescindibilidade da medida. Nesse aspecto, deve-se avaliar se a intervenção do Estado no âmbito de autodeterminação do indivíduo exige, em atenção à dignidade da pessoa humana, a observância de vedação ao arbítrio, atendendo o razoável e preservando um núcleo mínimo de uma vida digna. A esse respeito, lembra Jorge Reis Novais, a pessoa humana se considera inconstitucionalmente "ferida" quando sofre a atuação desnecessária do Estado, quando sofre uma redução objetiva de oportunidades de livre desenvolvimento da personalidade sem uma justificativa plausível diante de valores e interesses que gozam de proteção, ou seja, o fim colimado com aquela medida pelo legislador não será obtido. [152]

A medida estatal precisa ser a mais suave, a menos agressiva possível em relação ao direito social: se for possível atingir o fim através de outro meio menos gravoso, a medida escolhida é excessiva (há medidas alternativas menos graves), violando o subcritério da necessidade.

Por fim, no que tange ao terceiro subcritério – proporcionalidade *stricto sensu* – funciona como um "mandado de adequação e justiça"[153] ou "mandado do sopesamento" (expressão de Robert Alexy)[154] direcionado à medida estatal e aos seus efeitos na esfera dos direitos sociais dos cidadãos. Há uma adequação material do meio restritivo escolhido diante do fim perseguido e da restrição causada? É essa a pergunta que se impõe.

É de se ressaltar que não se trata de ponderar bens em conflito, mas sim de ponderar o meio restritivo e a preferência de bens estabelecida pelo legislador, no sentido de que quanto maior for a interferência em um direito fundamental, mais graves devem ser as razões que a justifiquem.

Dessa forma, a proporcionalidade em sentido estrito conduz a analisar o desvalor do sacrifício que é imposto ao direito social, levando-se em conta a satisfação do bem perseguido. Percebe-se, claramente, que o objeto de exame, nessa fase, é a precedência de bens estabelecida,[155] a gravidade da restrição imposta ao

---

[152] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, p. 167-168.
[153] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, p. 205.
[154] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1986, p. 117.
[155] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, p. 206.

direito social e a relevância das razões que justificam a restrição, implicando atividade valorativa, ao contrário do que ocorre nos dois subcritérios anteriores, onde o centro da discussão está na adequação e na necessidade. No entanto, essa não é uma posição pacífica, mas que se entende como pertinente ao imprescindível controle da proporcionalidade.

2.3.4 Preservação do núcleo essencial e do mínimo existencial

De início, tendo em vista que a dogmática envolvendo o núcleo essencial dos direitos fundamentais e o mínimo existencial foi realizada anteriormente (item 1.4), não há, agora, necessidade de fazermos maiores aprofundamentos a respeito deles.

Para esta etapa do trabalho, basta afirmarmos que o núcleo essencial é a parcela sem a qual o direito fundamental deixa de produzir uma eficácia mínima, desfigurando-o como direito fundamental, enquanto que o mínimo existencial é a parcela dos direitos sociais necessários para uma existência com dignidade. Ademais, devemos atentar para o fato de que o conteúdo do mínimo existencial não é fixo, pois é "condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa",[156] motivo pelo qual uma prestação social pode, por exemplo, constituir parte do mínimo existencial em uma determinada época e deixar de constituí-lo em outra.

A partir disso, tem-se o núcleo essencial dos direitos fundamentais como limitador da liberdade de conformação do legislador, bem como da atuação dos órgãos executivos da administração pública, notadamente no que diz respeito com a execução de políticas públicas, em razão do que não poderá uma medida retrocessiva atingi-lo, sob pena de inconstitucionalidade da lei e invalidade do ato. Esclareça-se que isso somente ocorrerá nos casos em que o direito social já tenha sido implementado anteriormente, não sendo tal limite aplicável aos casos em que ainda inexista lei concretizando esse direito fundamental. Desta forma, é "o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, encontra-se protegido."[157]

Certa, ainda, é a conexão entre o núcleo essencial dos direitos fundamentais,

---

[156] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 474.
[157] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 470.

pelo menos aquela parcela que tenha um conteúdo de dignidade (o que pode não ocorrer com todos os direitos), e o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, os quais, por sua vez, possuem vinculação com o mínimo existencial. Assim, o mínimo existencial, considerado como uma série de direitos prestacionais asseguradores de uma vida digna, demonstra "que a dignidade da pessoa atua como uma diretriz jurídico-material" para a definição do núcleo essencial e para a fixação do que constitui o mínimo existencial.[158]

Dito isso, vemos que o princípio da proibição do retrocesso atuará para impedir (anular/invalidar) qualquer medida retrocessiva que, ao final, redunde em afetação da dignidade da pessoa humana, que, assinale-se novamente, vai além das condições materiais necessárias para a mera sobrevivência.

Advirta-se, neste momento, que a atuação do legislador e dos órgãos administrativos não fica abolida em face do núcleo essencial e do mínimo existencial, mas apenas restringida, já que qualquer medida de restrição de direitos sociais não poderá atingi-los. Nesse contexto, pelo menos em período de grave crise econômica (como a que atualmente afeta o Brasil), parece-nos correta a afirmação de que "o direito ao mínimo existencial é o trunfo principal que permite afastar, quando necessário, a legitimidade democrática das escolhas, substituindo-a pela legitimidade constitucional da ação jurisdicional."[159]

Logo, para além de tais limites postos pelo núcleo essencial e o mínimo existencial, permanece bastante ampla a liberdade de conformação do Legislativo e a discricionariedade dos órgãos administrativos.

Saliente-se que o Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, em seu Comentário Geral 3, analisou a índole das obrigações dos Estados-Partes, conforme previsto no art. 2º, § 1º, do PIDESC, tendo estabelecido entre suas prescrições:

> 1. Cada Estado-parte do PIDESC tem uma obrigação mínima de assegurar a satisfação de, pelo menos, os níveis essenciais de cada um dos direitos;
> (...)
> 5. Cada retrocesso no grau de proteção dos direitos protegidos (ainda que tais retrocessos não representem em si mesmos um descenso estrito do nível essencial de proteção) constitui também, *prima facie*, uma violação ao PIDESC,

[158] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 471.
[159] BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*, p. 130.

> porque representa uma violação da obrigação de desenvolvimento progressivo estabelecida por este último. Cabe ao Estado neste caso também a obrigação de justificar o retrocesso (ou restrição ou limitação). Isso só pode ser feito se:
> a. Isso é conforme com o disposto nos instrumentos internacionais com respeito às restrições ou limitações;
> b. Quando a situação econômica do Estado justifica reduzir o grau de proteção já adquirido, considerando os recursos disponíveis e a maneira como o Estado o aproveita.
> 6. Não obstante o anterior, ainda quando resultar justificável um retrocesso, seja no cumprimento de suas obrigações mínimas ou respeito ao desenvolvimento progressivo do direito até sua plena efetividade, o Estado, todavia, tem a obrigação de assegurar "o desfrute mais amplo possível dos direitos pertinentes dadas as circunstâncias reinantes";
> 7. De acordo com a obrigação de desenvolvimento progressivo dos direitos até sua plena efetividade, uma vez superada a situação que fez necessário o retrocesso, o Estado está obrigado a retornar o incremento do grau de proteção, além dos níveis e até a plena efetividade do direito.[160]

De tais entendimentos do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, depreende-se, do teor de sua prescrição nº 6, que é possível ao Estado-parte reduzir obrigações aquém de um patamar mínimo, o que pode resultar em violação ao mínimo existencial e/ou ao núcleo essencial de algum direito fundamental de caráter prestacional. Tal entendimento, que recusamos desde já, é no mínimo preocupante, em especial em países com uma cultura de constante desrespeito aos direitos sociais, mesmo que constitucionalmente previstos, como é o caso do Brasil. Além disso, devemos reconhecer que, diante da profusão de projetos de reforma envolvendo direitos sociais apresentados ao Congresso Nacional, parece-nos que pouca ou nenhuma preocupação há por parte do governo brasileiro com o cumprimento do PIDESC.

Em fim, podemos afirmar que as medidas de caráter retrocessivo são limitadas pelo mínimo existencial e pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais.

---

[160] MUJICA PETIT, Javier; OPIE, Joss. Reformas regresivas de la Constituición em Perú: un caso de regresividad no autorizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, p. 273-274 – tradução livre.

2.4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal envolvendo o princípio da proibição de retrocesso social tem gradativamente se desenvolvido, com sua utilização em matérias envolvendo direitos sociais (*v. g.*, previdência, educação, direitos trabalhistas, proteção à criança e ao meio ambiente), mas também em direito sucessório,[161] direitos políticos[162] e até mesmo envolvendo processo penal (em um alargamento do âmbito de abrangência do instituto, o qual nos parece excessivo).[163] Porém, ainda não podemos considerar que o Tribunal já tenha sedimentado uma dogmática adequada à aplicação de tal princípio. Veja-se que em pesquisa realizada no *site* do Supremo Tribunal Federal até o quarto dia do mês de abril de 2021, a partir da utilização dos termos "retrocesso" e social,[164] foram encontradas apenas 65 ocorrências,[165] o que é um resultado ínfimo, considerando o total de julgamentos realizados pela Corte Constitucional brasileira. Além disso, um grande número desses julgados nem mesmo analisa o princípio da proibição de retrocesso social.

É observar que em um primeiro momento, nos julgados da Suprema Corte brasileira, o princípio da proibição de retrocesso social foi utilizado por apenas um dos Ministros, sem que, ao final, existisse divergência quanto à conclusão do voto do relator, que utilizou outros fundamentos como razão de decidir.[166]

Em um segundo momento, a Corte Suprema nacional começou a utilizar o princípio da proibição de retrocesso social como um dos fundamentos principais para a decisão, como no caso do ARE 639.337 AgR/SP,[167] em que, novamente, não

---

[161] RE 878.694/MG, Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julg. 10-05-2017.
[162] ADI 4.543 MC/DF, Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg, 19-11-2011.
[163] AP 470 AgR-Vigésimo Sexto, Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Luís Robert Barroso, julg.18-09-2013.
[164] Utilizando os termos "retrocesso", "social" ou "socioambiental" o número de ocorrências sobe para 83.
[165] Ressaltamos que não foram pesquisadas decisões monocráticas, mas apenas acórdãos, porquanto neles há possibilidade de um debate entre os integrantes do Colegiado, o que pode resultar em uma decisão mais uniforme quanto ao princípio da proibição de retrocesso social.
[166] É o que ocorreu, por exemplo, no MS 24.875/DF (STF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 11-05-2006), em que o Min. Celso de Mello entendeu que também era aplicável ao caso o "postulado da proibição de retrocesso social". Na ocasião, foi utilizado como fundamento, principalmente, a doutrina de J. J. Gomes Canotilho e o acórdão nº 39/84, do Tribunal Constitucional de Portugal, não tendo sido feita referência à sede material do princípio da proibição de retrocesso social na Constituição brasileira, nem seu modo de aplicação ou limites.
[167] "CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS

se fez a análise (nem estabeleceu os limites) de sua aplicação a partir do direito constitucional pátrio, ou da ADI 4.543 MC/DF,[168] em que, além da relatora, outros Ministros se manifestaram sobre o tema (Luiz Fux e Ayres Britto), havendo, inclusive, discordância quanto à sua aplicação ao caso (Min. Gilmar Mendes). Observe-se que nesse momento do desenvolvimento da jurisprudência, já se iniciava uma ampliação da discussão a respeito da utilização (ou não) do princípio em análise (sempre em relação ao caso objeto do julgamento), com um aumento do referenciamento da doutrina nacional, inclusive a específica sobre o assunto.[169] Apesar disso, ainda houve julgamentos em que Ministros[170] fizeram referência à aplicação (ou não) do princípio da proibição de retrocesso social, mas sem realizar

---

EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. (...) A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em conseqüência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. (...)" (ARE 639.337 AgR/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 23-08-2011).

[168] ADI 4.543 MC/DF, Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 19-10-2011.

[169] *V. g.*: ADI 4.578/DF e nas ADCs 29 e 30/DF, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, julgs. 16-02-2012; ADI 4.350/DF, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 23-10-2014; ARE 704.520/SP, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 23-10-2014; ARE 727.864 AgR/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 04-11-2014.

[170] Não necessariamente o relator.

grandes aprofundamentos.[171] É de se observar que no julgamento da ADI 5.501 MC/DF, [172] um dos votos afirmou que incidia no caso o princípio da proibição de retrocesso social, que estava definido pela jurisprudência da Corte, citando para tanto a ementa do ARE 639.337 AgR/SP que, como mencionado, não analisou o princípio a partir do nosso ordenamento constitucional, nem estabeleceu o seu modo de aplicação ou limites.

A partir do julgamento da ADC 42/DF,[173] temos como iniciado um terceiro

---

[171] Vislumbramos isso, por exemplo, no: ARE 709.212, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg 13-11-2014; ADC 43 MC/DF, Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, julg. 05-10-2016; RE 646.721/RS, Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julg. 10-05-2017.

[172] ADI 5.501 MC/DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 19-05-2016.

[173] Com a ADC 42/DF (Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 28-12-2018) houve o julgamento conjunto das ADIs 4.901/DF, 4.902/DF, 4.903/DF e 4.937/DF. No que interessa ao princípio da proibição de retrocesso social, foi assim redigida a longa ementa (vinte laudas) da ADC 42/DF: "DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO AMBIENTAL. ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO. DEVER DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OUTROS VETORES CONSTITUCIONAIS DE IGUAL HIERARQUIA. ARTIGOS 1º, IV; 3º, II E III; 5º, *CAPUT* E XXII; 170, *CAPUT* E INCISOS II, V, VII E VIII, DA CRFB. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. JUSTIÇA INTERGERACIONAL. ALOCAÇÃO DE RECURSOS PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA GERAÇÃO ATUAL. ESCOLHA POLÍTICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. EXAME DE RACIONALIDADE ESTREITA. RESPEITO AOS CRITÉRIOS DE ANÁLISE DECISÓRIA EMPREGADOS PELO FORMADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INVIABILIDADE DE ALEGAÇÃO DE "VEDAÇÃO AO RETROCESSO". NOVO CÓDIGO FLORESTAL. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. (...) 11. Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, *caput*, CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de "retrocesso ambiental", ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas. (...) 19. O Princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo. 20. A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra deferência judicial ao planejamento estruturado pelos demais Poderes no que tange às políticas públicas ambientais. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 586.224/SP (Rel. MINISTRO LUIZ FUX, julgamento em 05/03/2016), apreciou-se o conflito entre lei municipal proibitiva da técnica de queima da palha da cana-de-açúcar e a lei estadual definidora de uma superação progressiva e escalonada da referida técnica. Decidiu a Corte que a lei do ente menor, apesar de conferir aparentemente atendimento mais intenso e imediato ao interesse ecológico de proibir queimadas, deveria ceder ante a norma que estipulou um cronograma para adaptação do cultivo da cana-de-açúcar a métodos sem a utilização do fogo. Dentre os fundamentos utilizados, destacou-se a necessidade de acomodar, na formulação da política pública, outros interesses igualmente legítimos, como os efeitos sobre o mercado de trabalho e a impossibilidade do manejo de máquinas diante da existência de áreas cultiváveis acidentadas. Afastou-se, assim, a tese de que a norma mais favorável ao meio ambiente deve sempre prevalecer (*in dubio pro natura*), reconhecendo-se a possibilidade de o regulador distribuir os recursos escassos com vistas à satisfação de outros interesses legítimos, mesmo que não promova os interesses ambientais no máximo patamar possível. Idêntica lição deve ser transportada para o presente julgamento, a fim de que seja refutada a aplicação automática da tese de "vedação ao retrocesso" para anular opções validamente eleitas pelo legislador. (...)"

momento envolvendo a discussão da aplicação do princípio da proibição de retrocesso social por parte do Supremo Tribunal Federal, já que nesse julgamento ocorreu uma larga análise do tema em vários dos votos, com a utilização de doutrina nacional e estrangeira para sua análise, afirmando a sua inexistência expressa na Constituição de 1988 e, em um dos votos, considerando-o um princípio implícito, embora no tocante ao meio ambiente tal preceito derivasse diretamente do art. 225, *caput*, da Carta Política, além da necessidade de avaliar se a norma objeto de impugnação viola o critério da proporcionalidade, o respeito ao núcleo essencial do direito socioambiental e a liberdade de conformação do legislador. Note-se que nem todos os votos analisaram tais questões, demonstrando que ainda inexiste uma dogmática adequada da aplicação do princípio pela Suprema Corte brasileira. Ademais, o julgamento da ADC 42/DF não significou que em todos os julgamentos posteriores o princípio da proibição de retrocesso social foi tratado de forma mais aprofundada,[174] mas que em alguns casos foram levantadas novas questões que entendemos serem relevantes na apreciação desse princípio (*v. g.*, liberdade de conformação do legislador, proteção de confiança, critério da proporcionalidade, preservação do núcleo essencial do direito fundamental).[175]

Assim, não há como negar que nos últimos anos houve, por parte do Supremo Tribunal Federal, um aprimoramento da fundamentação utilizada na análise da aplicação do princípio da proibição de retrocesso social, diminuindo a forma inicial

---

[174] A título ilustrativo, é o que se deu nos seguintes casos, em que o princípio da proibição de retrocesso social foi objeto de análise, a qual entendemos que poderia ter sido feita de forma mais aprofundada: ADI 5794 (Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, julg. 29-06-2018), ADI 5016 (Pleno, Rel. Min. Alexandre de Morais, julg. 11-10-2018), ADI 5.938, (Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julg. 29-05-2019), ADI 6.121 MC/DF (Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 13-07-2019), ADI 4.069/RJ (Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, julg. 08-09-2020) e ADI 6.590 MC-Ref./DF (Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 21-12-2020.

[175] Por exemplo, é o que ocorreu, embora às vezes de forma suscinta, na: ADI 4.717, Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 05-04-2018 (onde foi afirmada a violação do núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, relacionado com o princípio da proibição de retrocesso socioambiental, o qual decorre diretamente do princípio da proibição de retrocesso); ADPF 656 MC/DF, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 22-06-2020 (na qual foi analisada a margem de discricionariedade da ação legislativa e administrativa em matéria ambiental, relacionadas com o princípio da proibição de retrocesso social); ADI 5.013/DF, Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, julg. 24-08-2020 (em que foi analisada a liberdade de conformação legislativa, o princípio da proteção de confiança, da segurança jurídica, o critério da proporcionalidade e a manutenção do núcleo essencial do direito fundamental, relacionados com o princípio da proibição de retrocesso social); ADI 5.547/DF, Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, julg. 22-09-2020 (onde houve a análise da proteção de confiança do cidadão na ordem jurídica, da segurança jurídica e da liberdade de conformação normativa, relacionados com o princípio da proibição de retrocesso social); ADI 4.467/DF, Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, julg. 21-10-2020 (em que se afirmou que “o princípio da proibição de retrocesso [....] pode ser compreendido como modalidade do princípio da proporcionalidade”).

de uso desse princípio, que era empregado quase como na forma do “tudo ou nada”, ou seja, quase como sendo uma regra, sem que, entretanto, tenha se estabelecido uma dogmática adequada e uniforme no seu emprego, como a posta no item 2.3 do presente trabalho.

CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho, tentamos contribuir para uma maior aceitação e correta aplicação do princípio da proibição de retrocesso social. A par das diversas conclusões adotadas ao longo deste estudo, devemos apresentar as proposições objetivas a seguir, que sintetizam nossa conclusão sobre o tema.

1. O Estado Social é o resultado da transformação da própria sociedade, que manteve os traços essenciais do Estado Liberal, com o qual não rompeu, tendo, em realidade, aprimorado os meios necessários para se chegar a uma igualdade entre os indivíduos, não só de ordem formal, mas também material. Mesmo hoje, em modelos de Estados diversos, como o Democrático de Direito (caso do Brasil), subsiste uma forte atuação estatal para a garantia de padrões mínimos de qualidade de vida e que igualmente o caracteriza como sendo um Estado Social. As mudanças na sociedade, em especial no que diz respeito com as modificações nas formas de Estado, possuem como fim (tentar) alcançar uma estrutura social mais justa e igualitária, pelos menos no sentido de garantir uma igualdade material para que todos tenham a mesma possibilidade de sucesso, o que evidentemente não pode ser garantido por nenhum modelo de Estado.

2. A crise do Estado Social resulta de múltiplas causas (jurídicas, econômicas, sociais e culturais), sendo que no tocante ao Brasil possuem grande importância as denominadas causas administrativas, apontadas por Jorge Miranda, especialmente no que se refere a uma hoje evidente corrupção endêmica impregnada na alta classe política nacional, mas que igualmente se dissemina, com diferentes intensidades, em larga escala pela administração pública no país, associada a uma ineficiente burocracia, que parece muitas vezes ser um fim em si mesmo, porquanto está longe de realizar o princípio constitucional da eficiência ou de ter em vista o bem-estar da população. Ademais, embora alguns apregoem soluções supranacionais ou globais, com complexas modificações sociais (novo contrato social), parece-nos, senão impossível, muito difícil disso ocorrer, porquanto na sociedade atual há um aumento do individualismo, em detrimento da solidariedade. Portanto, temos que a *luta* a ser travada com o fito de assegurar a subsistência do Estado Social se dará dentro de cada país, considerando sua ordem econômica, sua sociedade e seu ordenamento jurídico-constitucional, sem que com isso não estejamos reconhecendo a necessidade de sua transformação.

3. Nos direitos fundamentais sociais, assim como nos direitos de liberdade/defesa, subsistem tanto as dimensões negativas quanto positivas, bem como que para sua realização são igualmente despendidos recursos públicos.

4. A dignidade da pessoa humana é um conceito que vem sendo construído com o decorrer do tempo, sendo que a doutrina jurídica mais expressiva (tanto nacional como estrangeira) a respeito do tema extrai as bases para a fundamentação e definição da dignidade da pessoa humana da doutrina Kantiana, pela qual o homem deve ser tratado como fim, e não como objeto.

5. Possui a dignidade da pessoa humana uma dúplice função de princípio e regra. Como princípio que é, não tem o caráter de absolutividade, devendo ser aplicado na maior medida possível, além de, simultaneamente, conferir uma unidade axiológica à Constituição e de ser limite (negativo) e tarefa (positiva) do Estado e da sociedade em geral. Na função de regra: (1) impõe ao Estado a proteção da dignidade de todos os indivíduos; (2) é uma regra decorrente do próprio processo de ponderação envolvendo a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, na formulação criada por Robert Alexy; e (3) impossibilita a redução de bens e condições materiais aquém do *mínimo existencial*. Para além de atuar nas funções de limite e tarefa ou de ser produtor de direitos fundamentais autônomos, o princípio da dignidade da pessoa humana possui uma forte e importante função hermenêutica no nosso ordenamento constitucional, devendo ser tido como um princípio-guia a ser levado em conta para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais ou entre normas constitucionais que assim não se caracterizem.

6. O mínimo existencial, que não pode ser confundido com o mínimo vital (conjunto de prestações necessárias para assegurar a existência humana), é apenas uma parcela (um *minus*) dos direitos sociais necessários a uma existência com dignidade, ou seja, ultrapassa as condições necessárias a mera sobrevivência, atingindo o patamar necessário para o estabelecimento da dignidade da pessoa humana. Por isso, ele decorre da necessidade de preservação ou implementação da dignidade da pessoa humana. Ademais, não é possível estabelecer aprioristicamente e de forma taxativa os elementos nucleares do mínimo existencial, até porque a própria dignidade da pessoa humana não é passível de ser quantificada, sendo que o valor de uma prestação necessária para assegurar as condições mínimas é

dependente da situação socioeconômica e das condições espacial e temporal, bem como das expectativas e necessidades dos próprios indivíduos.

7. O núcleo essencial pode ser definido, com base no entendimento de Humberto Ávila, como sendo a parcela sem a qual o direito fundamental deixa de produzir uma eficácia mínima, deixando mesmo de ser reconhecível como um direito fundamental, sendo em razão disso um limite para a atuação do legislador ordinário. Ainda, evidencia-se que os direitos sociais prestacionais que compõem o mínimo existencial possuem um núcleo essencial, muito embora nem todos direitos sociais (e seus correspondentes os núcleos essenciais) componham o mínimo existencial. Mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, que não prevê, expressamente, a proteção do núcleo essencial no corpo Constituição, ele é aceito pela doutrina e jurisprudência pátria, sendo que qualquer alteração legislativa deve ter em conta a necessidade de sua preservação.

8. O princípio da proibição de retrocesso social está direcionado para as situações futuras, que envolvam a obtenção de prestações ou a realização de ações estatais decorrentes de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, cujos requisitos não foram implementados, tais como os necessários para a obtenção da aposentadoria ou para a percepção de algum benefício de caráter assistencial, que não possam gerar um direito individual, visto se constituírem em direitos difusos, como no caso do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em que há legislação visando a sua proteção, ou que envolvam direitos outorgados pela legislação ao sujeito (trabalhador) da relação de trabalho. Já as alterações constitucionais também podem resultar em um retrocesso, sendo tais casos resolvidos pela forma de proteção especial que a nossa Constituição confere às denominadas "cláusulas pétreas" (art. 60, § 4º).

9. O princípio da proibição de retrocesso social é um princípio constitucional implícito e geral (não absoluto), do qual decorre a limitação da atuação do legislador e dos órgãos executivos no que diz respeito com a eliminação ou redução de direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais, previstos na Constituição e já implementados mediante lei ou ato do Poder Executivo. Também é um princípio que tem a função primordial de servir de *alerta/guia* para a averiguação da (in)constitucionalidade de uma medida legislativa ou de um ato retrocessivo emanado de órgãos administrativos, além de estar (implicitamente) contido no

critério da proporcionalidade, necessitando utilizar-se de outros métodos para aferir sua violação. Além disso, ele decorre da própria estrutura dos direitos sociais previstos na Carta Política brasileira (e não apenas de um princípio específico), que nada mais são do que meios para tornar reais os fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – art. 1º, I a V), bem como para efetivar os objetivos fundamentais previstos na Constituição de 1988 (construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais – art. 3º, I a III). Ainda, embora não qualificado como tal, uma interpretação sistemática envolvendo as disposições contidas no Título I em conjunto com os direitos sociais previstos ao longo da atual Constituição brasileira, nos leva a concluir que estamos diante de um Estado Democrático e Social de Direito.

10. No campo normativo internacional, temos que o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) encontra-se em pleno vigor no nosso ordenamento jurídico, sendo uma norma jurídica especialíssima em relação às demais normas vigentes, pois não é possível sua derrogação por qualquer lei ordinária (em decorrência de sua natureza supralegal). Além disso, o disposto no art. 2º, § 1º, do PIDESC, ao estabelecer um dever de progressividade, igualmente impõe uma vedação (relativa) de regressividade aos poderes públicos, que somente poderá ocorrer em situações especialíssimas, mediante forte argumentação e com ônus probatório do próprio Estado.

11. O Poder Legislativo está submetido aos direitos fundamentais, que direcionam e limitam a sua liberdade de conformação na edição de leis, remanescendo, entretanto, autonomia para decidir a maneira com que devem ser realizados, cabendo ao Poder Judiciário solucionar os conflitos decorrentes da tensão surgida entre os direitos fundamentais e o princípio democrático.

12. A administração pública (função executiva), por também estar vinculada aos direitos fundamentais, pode analisar a constitucionalidade de leis que lhes ofendam, quando sua aplicação resultar em grave dano físico ou mental à pessoa humana. Além disso, ao praticar atos administrativos discricionários e interpretar conceitos jurídicos indeterminados, deverá levar em consideração os direitos

fundamentais e tentar, na maior medida possível, concretizá-los.

13. Também os órgãos judiciais estão vinculados às normas de direitos fundamentais, possuindo o poder-dever de, legitimamente, afastar a aplicação das leis inconstitucionais ou o ato da administração pública que seja violador da constituição. E em relação às omissões legislativas, há o poder-dever de colmatar lacuna decorrente de omissão legislativa, inclusive em relação aos direitos fundamentais que possuem uma menor densidade normativa, como os direitos sociais de caráter prestacional, sendo que nessas situações a inconstitucionalidade a ser reconhecida deve limitar-se ao necessário para concretizar minimamente a norma constitucional.

14. Para averiguar se o princípio da proibição de retrocesso social está sendo violado, utiliza-se como métodos auxiliares os princípios da segurança jurídica e proteção de confiança, da proibição de discriminação, do critério da proporcionalidade e da necessária preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais e do mínimo existencial.

15. Não resta vedado o retrocesso envolvendo prestações de caráter social, sendo que as medidas retrocessivas deverão, entre outras exigências, atentar para a máxima preservação dos princípios da segurança jurídica e da proteção de confiança. Assim, há a necessidade de se garantir um grau razoável de previsibilidade da atuação estatal, em face do que, além das medidas retrocessivas não poderem atingir situações jurídicas consolidadas (caso do direito adquirido), será preciso apresentar fortes argumentos no sentido de justificar a necessidade da reversão dos direitos sociais por tais medidas e estabelecer regras de transição, a fim de preservar o máximo possível as expectativas daqueles que terão suas esperanças frustradas.

16. A partir do princípio da isonomia, vê-se que as medidas retrocessivas envolvendo direitos sociais são admissíveis, desde que não realizem uma discriminação indevida ou pratiquem uma arbitrariedade, especialmente levando em conta a característica de Estado (materialmente) Social posto pela nossa Constituição.

17. A aplicação do critério da proporcionalidade será feita coma utilização consecutiva de seus três subcritérios: idoneidade/aptidão/adequação; necessidade/imprescindibilidade da medida; e proporcionalidade *stricto sensu*.

17.1. No critério da idoneidade/aptidão/adequação, tem-se, de um lado, o princípio de proibição de retrocesso social e, de outro, a liberdade de conformação do legislador ou a discricionariedade da administração, devendo ser examinado se a medida retrocessiva constitui o meio para atingir um fim (constitucionalmente aceito e idôneo, pertinente para a sua consecução), devendo ser afastadas as medidas neutras ou negativas.

17.2. O segundo subcritério diz respeito com a necessidade ou imprescindibilidade da medida, que deve avaliar se a intervenção do Estado no âmbito de autodeterminação do indivíduo exige, em atenção à dignidade da pessoa humana, a observância de vedação ao arbítrio, atendendo o razoável e preservando um núcleo mínimo de uma vida digna. A medida estatal precisa ser a mais suave, a menos agressiva possível em relação ao direito social: se for possível atingir o fim através de outro meio menos gravoso, a medida escolhida é excessiva (há medidas alternativas menos graves), violando o subcritério da necessidade.

17.3 O terceiro subcritério, da proporcionalidade *stricto sensu*, funciona como um “mandado de adequação e justiça” ou “mandado do sopesamento” direcionado à medida estatal e aos seus efeitos na esfera dos direitos sociais dos cidadãos, em que se questionará se há uma adequação material do meio restritivo escolhido diante do fim perseguido e da restrição causada. Não se trata de ponderar bens em conflito, mas sim de ponderar o meio restritivo e a preferência de bens estabelecida pelo legislador ou pelo administrador, no sentido de que quanto maior for a interferência em um direito fundamental, mais graves devem ser as razões que a justifiquem. O objeto de exame, nessa fase, é a precedência de bens estabelecida, a gravidade da restrição imposta ao direito social e a relevância das razões que justificam a restrição, implicando atividade valorativa, ao contrário do que ocorre nos dois subcritérios anteriores, onde o centro da discussão está na adequação e na necessidade.

18. Para além dos limites postos pelo núcleo essencial e o mínimo existencial, permanece bastante ampla a liberdade de conformação do Legislativo e a discricionariedade dos órgãos administrativos. Por isso, podemos afirmar que as medidas de caráter retrocessivo são limitadas pelo mínimo existencial e pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Com tais proposições, esperamos ter contribuído para afirmar a necessidade

do uso do princípio da proibição de retrocesso social pelos operadores do direito, bem como ter aclarado os pontos nebulosos quanto ao seu modo de utilização.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência política, Estado e direito público*: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Verbatim, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMARAL, Diogo Freitas. *História do pensamento político ocidental*. Coimbra: Almedina, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

ARANGO, Rodolfo. La prohibición de retroceso en Colombia. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás*: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 153-171.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção de confiança*: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 9-46.

AVELÃS NUNES, António José. *Quo vadis, Europa?*. São Paulo: Contracorrente, 2016.

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 236, p. 369-384, abr./jun., 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: *Legitimação dos direitos humanos*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11-49.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos

de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Grandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, 2º vol.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETO, Sílvia Marina L. Batalha de. *Filosofia jurídica e história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BECK, Ulrich. *A Europa alemã*: a crise do euro e as novas perspectivas de poder. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BENDA, Ernest. El Estado social de derecho. In: BENDA, Ernest. et. al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BERNAL PULIDO, Carlos. *O direito dos direitos*: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Dignidade humana como princípio normativo: os direitos fundamentais no debate bioético. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008, p. 59-75.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado* social. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 125.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. et. al. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). In: PIOVESAN, Flávia (Coord. Geral). *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise*: ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015.

BRAUDEL, Fernand. *Civilização material, economia e capitalismo*: séculos XV-XVIII: o tempo do mundo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, Vol. 3.

CAMPOS, Luis; KLETZEL, Gabriela. Progresividad y prohibición de regresividad en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en Argentina. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás*: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 173-191.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. [Coimbra]: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2014.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COHENDET, Marie-Anne. . La Charte et le Conseil constitutionnel: point de vue. *Revue Juridique de l'Environnement*: La charte constitutionnelle de l'environnement em vigueur. Numéro spécial, 2005. p. 107-130. Disponível em: http://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2005_hos_30_1_4365. Acesso em: 22-06-2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais*: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CUNHA, Elke Mendes; FRISONI, Vera Bolcioni. Igualdade: extensão constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 16, p. 248-267, jul./set., 1996.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 94-112.

FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FISCHER-LESCANO, Andreas; MÖLLER, Kolja. *Luta pelos direitos sociais* globais: o delicado seria o mais grosseiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais*: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FRIEDEN, Jeffry A. *Capitalismo global*: história econômica e política do século XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

FRIEDMAN, Thomas L. *O lexus e a oliveira*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1999.

FUHRMANN, Italo Roberto. O princípio da proibição do retrocesso social como categoria autónoma no direito constitucional brasileiro? Conceito, fundamentação e alcance normativo frente à atual dogmática dos direitos. *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, v. 1, p. 45-81, 2014.

GOTTI, Alessandra. *Direitos Sociais*: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONZÁLES, Horacio. El desajorrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de regresividad em Argentina. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás*: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 193-253.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

HAUMONT, Francis. Le droit constitutionnel belge a la protection d'un environnement sain etat de la jurisprudence. *Revue Juridique de l'Environnement*: La charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur. Numéro especial, p. 41-52, 2005. Disponível em: http://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2005_hos_30_1_4356. Acesso em: 20-06-2017.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBBES, Thomas. *Leivatã, ou a matéria forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000.

HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções*: Europa 1789-1848. 16 ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2000.

KRUGMAN, Paul. *A crise de 2008 e a economia da depressão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Saraiva, 2012.

KINDLEBERGER, Charlie P.; ALIBER, Robert Z. *Manias, pânicos e crises*. São Paulo: Saraiva, 2013.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 127.

LEIVAS. Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA JR. Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao estado social?*: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos". Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

LUCE, John Victor. *Curso de filosofia grega: do século VI a. c. ao século III d. C.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da; HILÁRIO, Esteves Carlos. *Direito constitucional angolano*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. In: MIRANDA, Jorge; BONAVIDES, Paulo; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTÍNEZ PISÓN, José. *Políticas de bienestar*: un estudio sobre los derechos sociales. Madrid:Tecnos: 1998.

MATHIEU, Bertrand. Débats. *Revue Juridique de l'Environnement*: La charte constitutionnelle de l'environnement em vigueur. Numéro spécial, 2005. p. 73. Disponível em: <http://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2005_hos_30_1_4359>. Acesso em: 22-06-2017.

MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: direitos fundamentais. 5ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. Tomo IV.

MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2017.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental*: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Interdição da retrogradação ambiental*: reflexões sobre um princípio. In: Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental, 2012, Brasília. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal, 2012, p. 73-120, especificamente p. 84. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/93127174/Voto_APROMAC_ANEXO.pdf>. Acesso em: 20-08-2017.

MONDIN, Battista. *O homem, quem é ele?* Elementos de antropologia filosófica. 10ª ed. São Paulo: Paulus, 1980.

MORAIS. José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. *A transformação do Estado*: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2002.

MUJICA PETIT, Javier; OPIE, Joss. Reformas regresivas de la Constituición em Perú: un caso de regresividad no autorizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás*: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 255-306.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NETTO. Luísa Cristina Pinto. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2009.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 205-238.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais*: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PISARELLO, Gerardo. Derechos sociales y principio de no regresividad en España.

In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás*: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 307-327.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo IV.

PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA). *Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 11-54.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental*: aplicabilidade. Curitiba: Juruá, 2009.

RAWLS. John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

ROSANVALLON, Pierre. *La crisis del Estado Providencia*. Madrid: Civitas, 1995.

ROSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social e discurso sobre a economia política*. 7ª Ed. São Paulo: Hemus, s. d.

SAMPAIO. José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 239-277.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental de propriedade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 17, p. 111-143, 1999.

SARLET, Ingo W. La prohibición de retroceso en los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafio de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni um paso atrás*: la prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 329-359.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e

direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 61, p. 90-125, jan./mar., 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: ______; LEITE, George Salomão (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional*: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 213-253.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: ______ (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-38.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA MEZA, Juan N.; SILVA GARCÍA, Fernando. Derechos fundamentales: bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional. México/DF: Editorial Porrúa, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e método de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SUÁREZ FRANCO, Ana Maria. Los limites constitucionales a las medidas regresivas de carácter social em Alemania: una aproximación al análisis doctrinal. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás*: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 361-386.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica*: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set., 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário* – os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos*

direitos humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, Vol. I.

UPRIMNY, Rodrigo; GUARNIZO, Diana. ¿Es posible uma dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre, nº 3, p. 37-64, abr./jun., 2008.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Estado de Derecho*. 4ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.

VAROUFAKIS, Yanis. *O minotauro global*: a verdadeira origem da crise financeira e o futuro da economia global. São Paulo: Autonomia Literária, 2016.

VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei*. Porto, Universitas Catholica Lusitana, 1996.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça:* uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.